

Handhaving van het consumenten- recht

Prof.mr. M.B.M. Loos

Prof.mr. W.H. van Boom

Preadviezen 2009
uitgebracht voor de
Vereniging voor Burgerlijk Recht



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Handhaving van het consumentenrecht

Prof. mr. M.B.M. Loos

Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees Consumentenrecht, Universiteit van Amsterdam

Prof. mr. W.H. van Boom

Hoogleraar privaatrecht, Erasmus School of Law, EUR Rotterdam; raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Den Haag, voorzitter onafhankelijke bezwaaradvies-commissie Consumentenautoriteit

Handhaving van het consumentenrecht

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009

Grafische vormgeving: Bert Arts bNO

ISBN 978-90-13-07388-1
NUR 822-206

© 2010 M.B.M. Loos en W.H. van Boom

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16*h* t/m 16*m* Auteurswet 1912, het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoud

Inleiding	9
Prof. mr. M.B.M. Loos	
Deel 1 Individuele handhaving van het consumentenrecht	13
1 Inleiding	15
1.1 Actiebereidheid en bekendheid met rechten	17
2 Aantal consumentengeschillen	25
3 Problemen bij het ondernemen van actie bij de gewone rechter	29
3.1 Onbekendheid met mogelijkheid geschilbeslechting door burgerlijke rechter	30
3.2 Taal, taalgebruik en formaliteiten betreffende de procedure	30
3.3 Verplichting tot voorafgaande communicatie, klachtplicht en klaagtermijnen	32
3.4 Duur van de procedure	35
3.5 Kosten procedure	37
3.5.1 <i>Kosten bij aanvang van de procedure</i>	38
3.5.2 <i>Kosten voor rechtsbijstand</i>	39
3.5.3 <i>Kosten deskundigenonderzoek en getuigenverhoren</i>	41
3.5.4 <i>Proceskostenveroordeling</i>	42
3.5.5 <i>Kosten in geval van gefinancierde rechtsbijstand</i>	44
3.6 Nakoming van toewijzende vonnissen of arresten	46
3.7 Problemen in internationale procedures	48
4 Regelgeving ter verbetering van de handhaving van het (consumenten)recht	53
4.1 De Europese betalingsbevelprocedure	53
4.2 De Europese small claims procedure	55
4.3 Voorstellen tot wijziging van de procedure voor de kantonrechter	61
4.3.1 <i>Verhoging competentiegrens</i>	62
4.3.2 <i>Invoering procedure voor eenvoudige vorderingen</i>	64
4.3.3 <i>Inleiding via elektronisch formulier en de rol van de griffie</i>	67

4.3.4	<i>De inhoud van de eenvoudige procedure</i>	69
4.3.5	<i>De proceskosten en de proceskostenveroordeling</i>	72
4.3.6	<i>Rechtsmiddelen: hoger beroep en verzet</i>	74
4.4	Evaluatie van de gedane voorstellen tot wijziging van de kantonprocedure	76
4.4.1	<i>Onbekendheid met mogelijkheid geschilbeslechting door burgerlijke rechter</i>	77
4.4.2	<i>Taal, taalgebruik en formaliteiten betreffende de procedure</i>	77
4.4.3	<i>Verplichting tot voorafgaande communicatie, klachtplicht en klaagtermijnen</i>	78
4.4.4	<i>Duur van de procedure</i>	78
4.4.5	<i>Kosten procedure</i>	80
4.5	Conclusie	83
5	Problemen bij het ondernemen van actie bij een geschillencommissie	87
5.1	Onbekendheid met mogelijkheid geschilbeslechting door geschillencommissie	87
5.2	Taal, taalgebruik en formaliteiten betreffende de procedure	88
5.3	Verplichting tot voorafgaande communicatie, klachtplicht en klaagtermijnen	90
5.4	Duur van de procedure	92
5.5	Kosten procedure	95
5.6	Nakoming van toewijzende bindende adviezen	97
5.7	Specifieke problemen bij het gebruik van geschillencommissies	98
5.7.1	<i>De bevoegdheid van de geschillencommissie</i>	99
5.7.2	<i>Grondwettelijke bezwaren?</i>	100
5.7.3	<i>Internationale procedures</i>	103
5.7.4	<i>Waarborgen voor de procedure bij geschillencommissies</i>	104
5.8	Evaluatie: de voor- en nadelen van de procedure bij de geschillencommissie boven de procedure voor de burgerlijke rechter	106
6	Conclusies, aanbevelingen en stellingen	III
	Verkort aangehaalde literatuur	117
	Aangehaalde rechtspraak	127
	Prof. mr. W.H. van Boom	
	Deel 2 Collectieve handhaving van het consumentenrecht	129
1	Kijkwijzer	131

2	De Consumentenautoriteit als collectieve handhaver	133
2.1	Algemeen	133
2.2	Overtreding van ‘consumentenacquis’	134
2.3	Inbreuk op collectieve consumentenbelangen	134
2.4	Het duale handhavingssysteem van de Whc	138
2.5	Bestuursrechtelijke sancties	139
2.6	De privaatrechtelijke route: art. 3:305d BW	140
2.7	Het duale handhavingssysteem na de Wet OHP	141
2.8	De CA als motor achter een WCAM schikking?	143
2.9	Het bouwwerk van de Whc schematisch samengevat	144
2.10	Handhaving van en tegen gedragscodes	148
2.11	Verdere uitbouw van bestuursrechtelijk privaatrecht	150
3	Recente ontwikkelingen in de collectieve private handhaving	153
3.1	De risico’s van bundeling bij de ‘informele collectieve opt-in actie’	153
3.2	De ontwikkeling van de 305a-actie	156
3.3	De ‘informele proefprocedure’ en gezag van gewijsde	162
3.4	Processuele ontwikkelingen: van WCAM naar prejudiciële vraag	164
3.5	Legitimiteit, transparantie en verantwoording van 305a-voertuigen	167
4	Problematiek van bagatel- en strooischade	177
4.1	Bepaling van het probleemveld	177
4.2	Kuneva’s uitgangspunten	181
4.3	Welke alternatieven zijn elders beproefd?	183
4.3.1	<i>Vooraf</i>	183
4.3.2	<i>De gedwongen deelname aan een formele proefprocedure</i>	184
4.3.3	<i>Consolidatie door een opt-in procedure</i>	188
4.3.4	<i>Consolidatie door een opt-out procedure</i>	190
4.3.5	<i>Winstafdracht in een (semi-) civiele procedure</i>	192
4.3.6	<i>Gemengd bestuurs-/privaatrechtelijke procedure</i>	196
4.4	Verdient strooischade een beleidsagenda?	200
4.4.1	<i>Aandachtspunten</i>	200
4.4.2	<i>Hoe het niet moet: de zaak van de voetbalshirts</i>	201
4.4.3	<i>Hoe het wel moet: meerdere wegen naar Rome</i>	203
5	Afrondende beschouwing en stellingen	205
	Bibliografie	209

Inleiding

Prof. mr. M.B.M. Loos
Prof. mr. W.H. van Boom

Het consumentenrecht is vanaf de jaren '70 op tal van gebieden tot ontwikkeling gekomen. Die ontwikkeling was aanvankelijk nationaal van aard, maar is in toenemende mate gestimuleerd vanuit Brussel, met de uitvaardiging van talrijke richtlijnen. Zowel op nationaal als op Europees niveau was de regelgeving aanvankelijk beperkt tot perifere gebieden als de colportage-overeenkomst. Potentieel had de vaststelling van de regeling van de productaansprakelijkheid op dit punt een waterscheiding kunnen zijn, maar die regeling speelt in de praktijk een marginale rol doordat hij bestaande regelingen die niet uitgaan van risico-aansprakelijkheid ongemoeid laat. Zowel het contractenrecht als het 'gewone' onrechtmatige daadsrecht bieden in de praktijk dezelfde of zelfs betere bescherming, waardoor de invloed van de richtlijn beperkt is gebleven.

De invoering van de Boeken 3, 5 en 6 en delen van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft op nationaal niveau wel geleid tot een andere benadering van met name het contractenrecht. Vooral de regeling van de consumentenkoop als bijzondere vorm van de koopovereenkomst en de regeling van de algemene voorwaarden raken het hart van het contractenrecht. Op beide gebieden zijn nadien ook Europese richtlijnen verschenen, die het niveau van de consumentenbescherming verder hebben verhoogd. Ook op andere gebieden is consumentenbescherming tot stand gekomen. Te denken valt aan de bijzondere regels bij de algemene regeling van de overeenkomst van opdracht en de bijzondere regels voor lastgevings- en geneeskundige behandelingsovereenkomsten, de bijzondere regels bij de bouw van woningen en de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht. Onder Europese invloed zijn bovendien regels tot stand gebracht aangaande op afstand gesloten overeenkomsten, elektronische handel, timeshare-overeenkomsten, misleidende reclame en pakketreizen, en, zij het buiten het BW, regels over financiële diensten. De jongste loot aan het consumentenrecht wordt gevormd door de regeling van de oneerlijke handelspraktijken, welke in 2008 als afdeling 6.3.3a als bijzondere vorm van de onrechtmatige daad is gekwalificeerd.

Bescherming vindt in deze regelingen op verschillende wijzen plaats. In sommige regelingen ligt de nadruk op de contractsluitingsfase, met bijzondere informatieplichten en een aan een bedenktijd gekoppelde speciale ontbindingsbevoegdheid. Om dit type consumentenrecht gaat het bijvoorbeeld bij de regeling van de koop op afstand, de timeshare en de colportage, en in zekere zin ook bij de koop en bouw van woningen.

Bij andere regelingen gaat het veel meer om de inhoud van de rechtsverhouding tussen beide partijen. De regeling van de algemene voorwaarden grijpt direct in in de tussen partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook veel andere regelingen doen dat. Zo zijn de rechten en plichten van patiënten en artsen op tamelijk uitputtende wijze geregeld bij de geneeskundige behandelingsovereenkomsten, terwijl de regeling van de pakketreizen zowel uitgebreide regels over opzegging door de reiziger en de reisorganisator kent als bijzondere regels voor de niet-nakoming van de overeenkomst door de reisorganisator. Ook de regeling van de consumentenkoop wordt gedomineerd door uitgebreide regels over non-conformiteit en de gevolgen daarvan.

In weer andere regelingen ten slotte gaat het vooral om het voorkomen van bepaalde commerciële praktijken. De regeling van de oneerlijke handelspraktijken is daar natuurlijk het schoolvoorbeeld van, maar ook bij de regeling van de lastgeving zijn dwingendrechtelijke regels ingevoerd die belangenconflicten tussen consument-lastgevers en professionele lasthebbers te voorkomen: zo is het bijvoorbeeld de lasthebber verboden om zonder schriftelijke toestemming van de consument ook ten behoeve van de wederpartij van de consument op te treden (dienen van twee heren, art. 7:417 BW), terwijl bij de koop van woningen dwingendrechtelijk is bepaald dat zelfs met die toestemming de lasthebber slechts van de verkoper courtage kan ontvangen indien een van de beide lastgevers een consument is.

Kortom, op tal van gebieden bestaat tegenwoordig uitgebreide regelgeving die consumenten moet beschermen. In materieelrechtelijk opzicht lijkt het dus wel goed te zitten met de consumentenbescherming. In dit preadvies wordt onderzocht of dat ook in de praktijk het geval is. Kunnen consumenten hun rechten eigenlijk wel effectueren? Anders gezegd: hoe is het gesteld met de handhaving van het consumentenrecht? Die handhaving is uiteraard voor partijen zelf van belang, maar met de handhaving van het consumentenrecht zijn ook maatschappelijke belangen gediend: wanneer een partij – of dat nu een consument dan wel een ondernemer is – zich nagenoeg ‘straffeloos’ kan onttrekken aan de correcte nakoming van de door hen gesloten overeenkomsten, ondergraaft dat de mate waarin partijen zich aan de door hen gesloten overeenkomsten houden en daarmee het economisch en rechtsverkeer als geheel. De zekerheid dat dergelijk gedrag niet zonder gevolgen blijft, heeft een belangrijke preventieve werking en voorkomt derhalve maatschappelijke schade.¹ Omgekeerd geldt dat wanneer er geen dreiging bestaat dat de gedupeerde partij zijn recht zal handhaven, het materiële recht in de praktijk een dode letter zal blijven.² Daarmee is ook het maatschappelijk belang van dit preadvies gegeven.

¹ Vgl. Sociaal-Economische Raad, *Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken*, Advies van de Commissie voor Consumentenangelegenheden, 2007, no. 3, p. 23.

² Ministerie van Justitie, *Eenvoudige procedures voor eenvoudige zaken*, Rapport van de ambtelijke werkgroep ‘Eenvoudige procedures voor eenvoudige zaken’ van 18 augustus 2006, te downloaden via http://www.justitie.nl/onderwerpen/recht_en_rechtsbijstand/eenvoudige-procedures-civiele-geschillen/index.aspx (laatstelijk gecontroleerd op 29 november 2009), p. 4-5.

In dit preadvies staat centraal de vraag hoe *consumenten* hun rechten kunnen handhaven. Op de positie van *ondernemers* gaan wij slechts bij uitzondering in. Dat wil niet zeggen dat de positie van ondernemers niet evenzeer aandacht verdient: zoals een ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie terecht opmerkt, vinden met name ondernemers uit het midden- en kleinbedrijf ook maar moeilijk de weg naar de rechter wanneer hun afnemers – consumenten of andere ondernemers – hun verplichtingen niet nakomen, doordat de aan deze MKB-ondernemers geleverde prestatie niet deugdelijk is of doordat de wederpartij (een consument of andere ondernemer) de rekening voor de door de MKB-ondernemer geleverde prestatie niet betaalt. Ook in dit opzicht kan men zich afvragen of het bestaande recht wel altijd in voldoende mate gehandhaafd wordt.³

Dit preadvies richt zich echter op de handhaving van het consumentenrecht door (of ten behoeve van) consumenten. Daarbij hebben de preadviseurs de werkzaamheden verdeeld: terwijl Loos zich richt op de *individuele* handhaving van het consumentenrecht, richt Van Boom zich op de *collectieve* handhaving van het consumentenrecht. Deze inleiding is evenwel van ons gezamenlijk.

Haarlem/Leiden, januari 2010

3 Zie Ministerie van Justitie 2006, p. 4.

DEEL 1 INDIVIDUELE HANDHAVING VAN HET CONSUMENTENRECHT

Prof. mr. M.B.M. Loos

I Inleiding

In de algemene inleiding is uiteengezet dat consumenten op tal van gebieden de bescherming van dwingendrechtelijke regelgeving genieten. Op het eerste gezicht lijkt daarmee de positie van de consument goed geregeld. De centrale vraag in dit preadvies is echter of consumenten de aldus aan hen toegekende rechten eigenlijk wel kunnen effectueren. Kan een consument naleving van zijn rechten afdwingen indien zijn wederpartij niet bereid is om hem te bieden waar hij recht op heeft? Als dat niet het geval is, is dat recht immers een lege huls.¹ Het consumentenrecht is in dergelijke gevallen immers onvoldoende effectief.² De nadruk ligt hierbij op de handhaving door de consument van zijn *eigen* rechten. Met die handhaving wordt tevens de norm die door de wederpartij geschonden is of dreigt te worden geschonden, gehandhaafd. In die zin treedt de consument mede in het algemeen belang op omdat door zijn optreden ook de door de wetgever gestelde gedragsnorm wordt bevestigd³ en de wederpartij wordt gestimuleerd zich overeenkomstig die norm te gedragen.⁴ Met handhaving van consumentenrecht door individuele consumenten is dus ook een maatschappelijk belang gediend. De maatschappelijke kosten en baten die verbonden zijn aan de individuele handhaving van consumentenrechten, zullen voor de individuele consument echter niet of nauwelijks betrokken worden in de afweging of hij tot handhaving van zijn rechten overgaat.⁵ In die zin is de *normhandhavende* werking van het consumentenrecht gering en min of meer toevallig.⁶ Dat neemt niet weg dat vanuit de normsteller (vooral: de wetgever) individuele handhaving van het consumentenrecht wel degelijk wenselijk kan worden geacht met het oog op normhandhaving. Dat zou in dat geval een zelfstandige reden kunnen vormen om de consument ook daadwerkelijk instrumenten te bieden om zijn rechten te handhaven. Hoofdstuk 4 van dit preadvies kan mede in dit licht worden gelezen. Vanuit de centrale vraagstelling van dit preadvies is de vraag naar de normhandhavende werking van het consumentenrecht echter weinig

¹ In deze woorden Giesen 2009, p. 307. Vgl. ook Hondius 2009, p. 51: 'Een recht dat niet kan worden afgedwongen is geen recht. (...) Rechten die men niet kan handhaven, verkeren in onrecht'.

² Schaub 2009, p. 149.

³ Zie daarover uitgebreid Van Boom 2007, in het bijzonder p. 984; Engelhard 2009, in het bijzonder p. 13-14, 18.

⁴ Vgl. Visscher 2009, p. 65. Van Boom 2007, p. 987-988, wijst er overigens op dat hiervoor vereist kan zijn dat individuen massaal optreden tegen normschendingen door hun wederpartijen, wat onwaarschijnlijk lijkt nu bij handhaving ten behoeve van het afdwingen van naleving van bestaande normen sprake lijkt van een collectief goed of een daarop gelijkend fenomeen.

⁵ Visscher 2009, p. 72. Dat is eigenlijk alleen anders wanneer de consument 'uit principe' procedeert, ook al kost de procedure hem mogelijk meer dan zij hem in financieel opzicht zal opleveren.

⁶ In deze zin Kortmann/Sieburgh 2009, p. 278-279.

relevant. Dit aspect van de handhaving blijft hier daarom verder grotendeels buiten beschouwing.

In dit preadvies worden diverse problemen voor de individuele handhaving van het consumentenrecht gesignaleerd. In hoofdstuk 1 wordt ingegaan op de bereidheid van consumenten om te klagen over problemen met de geleverde (of te leveren) zaak of dienst en over de onbekendheid van consumenten met hun rechten. In hoofdstuk 2 worden empirische gegevens vermeld over het aantal consumentengeschillen dat wordt behandeld door de burgerlijke rechter⁷ en door geschillencommissies. Hoofdstuk 3 is gewijd aan de consument die zijn recht daadwerkelijk wil halen door het voeren van een procedure bij de burgerlijke rechter, maar daarbij tegen feitelijke obstakels aan loopt. In hoofdstuk 4 ga ik in op recente (Nederlandse en Europese) wetgeving en op in voorbereiding zijnde regelgeving welke gericht is op verbetering van de toegang tot de burgerlijke rechter. Ook wordt gezien of deze voorstellen kunnen leiden tot een betere toegang van de consument tot de rechter. In hoofdstuk 5 wordt vervolgens gezien welke problemen een consument tegenkomt wanneer hij een geschil wil voorleggen aan een geschillencommissie. In hoofdstuk 6 ten slotte vat ik het voorafgaande kort samen, trek ik conclusies en doe ik aanbevelingen voor aanpassingen van de huidige situatie. In dit hoofdstuk zal ik, ten behoeve van de discussie, bovendien stellingen poneren die overeenkomen met de in dit hoofdstuk getrokken conclusies en gedane aanbevelingen.

7 De termen ‘burgerlijke rechter’ en ‘gewone rechter’ zullen in dit preadvies afwisselend gebruikt worden.

In dit preadvies blijft geschilbeslechting in de vorm van arbitrage buiten beschouwing, daar deze op het terrein van het consumentenrecht alleen bij de bouw van woningen van enige betekenis is.⁸ Ook mediation wordt niet besproken.

1.1 Actiebereidheid en bekendheid met rechten

Individuele handhaving van het consumentenrecht veronderstelt dat de consument *zelf* zijn rechten handhaaft door hetzij actie te ondernemen indien hij niet tevreden is over de geleverde zaak of dienst, hetzij verweer te voeren tegen een vordering van een ondernemer tot betaling voor een zaak of dienst waarover hij niet tevreden is. Uit een onderzoek uit 2008⁹ blijkt dat de actiebereidheid van consumenten in dergelijke gevallen op zich vrij groot is: maar liefst 93% van de consumenten die hadden aangegeven in het daaraan voorafgaande jaar een klacht of probleem te

⁸ Op het gebied van het consumentenbouwrecht is vooral relevant het Arbitrage Instituut GIW woningen, dat zich bezighoudt met arbitrage van geschillen over woningen die gebouwd zijn met GIW-garantie. Deze procedure lijkt sterk op de procedure bij een geschillencommissie, zij het dat de procedure door de vormvoorschriften uit het arbitragerecht een formeler karakter heeft; de uitspraak levert bovendien na een verlot tot tenuitvoerlegging door de voorzieningenrechter een executoriale titel op. Het griffiegeld bedraagt per 1 januari 2009 € 314 (zie art. 2 lid 5 Geschillenreglement Stichting Arbitrage Instituut GIW Woningen), welk bedrag door de ondernemer moet worden vergoed indien de consument voor meer dan 25% in het gelijk is gesteld. Er vindt verder geen proceskostenveroordeling plaats; de kosten voor rechtsbijstand zijn dus voor de partij die de kosten maakt, zie http://www.arbitrageinstituut.nl/introductie/in_index.htm (laatstelijk gecontroleerd op 17 augustus 2009).

De Raad van Arbitrage voor de Bouw beslecht geschillen op het gebied van de bouw, waaronder de bouw van woningen die niet onder GIW-garantie zijn gebouwd, en verbouwingen van bestaande woningen. Bij een vordering tot € 1000 bedraagt de waarborgsom (dat dient als voorschot waaruit de kosten van de procedure voor de Raad worden verrekend) € 250, bij een vordering van € 1000 tot € 2500 bedraagt deze € 500. Bij een vordering van € 5000 tot € 10.000 is de waarborgsom al opgelopen tot € 2500. De verliezer van de procedure wordt in de kosten van de procedure veroordeeld, inclusief de kosten van de wederpartij voor rechtsbijstand. Deze procedure is in veel opzichten vergelijkbaar met beslechting van een geschil door de burgerlijke rechter, zij het dat de arbiter(s) veelal deskundigen op het gebied van de bouw (en niet per se juristen) zijn. Indien de vordering meer dan € 1750 bedraagt, is hoger beroep mogelijk. Ook hier levert de uitspraak na een verlot tot tenuitvoerlegging door de voorzieningenrechter een executoriale titel op, zie <http://www.raadvanarbitrage.nl/procederen/index.htm> (laatstelijk gecontroleerd op 17 augustus 2009).

Van de onder de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken ressorterende geschillencommissies doet alleen de Geschillencommissie Luchtvaart uitspraak door middel van een arbitraal vonnis, zie art. 3 van het Reglement Geschillencommissie Luchtvaart, te downloaden via <http://www.degeschillencommissie.nl> (laatstelijk gecontroleerd op 4 december 2009). De Geschillencommissie Advocatuur doet bij wege van bindend advies uitspraak als de cliënt een consument is en bij wege van arbitrage in andere gevallen, zie art. 2 lid 2 van het Reglement van de Geschillencommissie Advocatuur, te downloaden via <http://www.degeschillencommissie.nl> (laatstelijk gecontroleerd op 4 december 2009).

⁹ Vgl. Nikkels e.a. 2008, p. 9 e.v.. Het rapport kan worden gedownload via http://www.ez.nl/Actueel/Kamerbrieven/Kamerbrieven_2009/Juni_2009/Consumentenmonitor_2009/1_Kennen_consumenten_hun_rechten_en_plichten (laatstelijk gecontroleerd op 22 december 2009) en is ook verkrijgbaar via <http://www.overheid.nl>.

hebben ondervonden,¹⁰ is tot actie overgegaan.¹¹ Daarbij maakt het overigens niet uit of iemand zich wel of niet als laaggeletterd beschouwt.¹² De belangrijkste redenen om actie te ondernemen zijn daarbij het gevoel dat de consument in zijn recht staat, de slechte kwaliteit van de zaak of de dienst, de noodzaak om de zaak of dienst te gebruiken voor wonen, werk of leven¹³ en de persoonlijkheid van de consument.¹⁴ Ook de hoogte van de prijs van de zaak of dienst of het regelmatig terugkomen van de betaling (zoals bij abonnementen en leverantiecontracten) is van invloed op de actiebereidheid. De actiebereidheid wordt verder versterkt wanneer de ondernemer (in de winkel of aan de telefoon) onvriendelijk reageert op een geuite klacht.¹⁵ Uit het bovenstaande volgt overigens dat consumentengeschillen vooral van contractuele aard zijn.¹⁶

Welke actie onderneemt de consument dan wel? In het overgrote deel van de gevallen is de consument teruggegaan naar de winkel waar hij de overeenkomst heeft gesloten of heeft hij op andere wijze contact opgenomen met de verkoper of dienstverlener.¹⁷ Wanneer de klacht naar tevredenheid van de consument is opgelost, is daarmee de actie ook voltooid. Uit onderzoek blijkt dat dit in bijna de helft van de gevallen lukt.¹⁸ Niet onderschat moet worden dat in veel gevallen reeds de erkenning van de klacht of het leed, of de aanbidding van excuses door de ondernemer consumenten tevreden stelt.¹⁹ Daaronder zullen overigens ook begrepen zijn die gevallen waarin de ondernemer de consument ervan heeft overtuigd dat zijn klacht onterecht was: dat de klacht naar tevredenheid is opgelost, betekent immers niet per definitie dat de consument ook gelijk gekregen heeft. Ook kan

10 37% van de ondervraagden consumenten had het jaar voorafgaande aan het onderzoek een zaak of dienst 'gekocht' waarover zij een klacht of probleem hadden, zie Nikkels e.a. 2008, p. 2. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat niet uitgesloten is dat in deze periode in werkelijkheid meer consumenten problemen hadden ondervonden, maar daar ten tijde van het onderzoek niet meer aan dachten. Niet onaannemelijk is dat juist bij zaken of diensten met een kleine waarde de consument zijn verlies gewoon neemt en er verder geen aandacht besteedt aan. In dat geval is de actiebereidheid in werkelijkheid geringer dan uit het onderzoek blijkt. Jacobs 1998, p. 36-37 gaat op basis van internationale onderzoeken ervan uit dat ongeveer de helft van de consumenten in het jaar voorafgaand aan een onderzoek reden tot ontevredenheid meende te hebben.

11 Uit een – qua inhoud breed opgezet – onderzoek uit 2004 blijkt dat 67% van de burgers in de vijf jaar voorafgaand aan het onderzoek te maken heeft gehad met een of meer (potentiële) rechtsproblemen; gemiddeld hadden deze burgers 3,7 problemen in de onderzochte periode. Van hen heeft 90% actie ondernomen. Van de genoemde ondervraagden had bijna een derde te maken gehad met problemen over de levering van goederen of diensten. Aannemelijk lijkt dat deze problemen vooral van consumentenrechtelijke aard zijn. Zie Geschilbeslechtingdelta 2003, te downloaden via <http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/geschilbeslechtingdelta.aspx> (laatstelijk gecontroleerd op 22 december 2009), p. 13-14.

12 Nikkels e.a. 2008, p. 14.

13 Hierbij moet met name worden gedacht aan problemen met koelkasten, vervoer, energie, telecom, internet, kabel en post.

14 De persoonlijkheid van de consument komt in het rapport van Nikkels e.a. 2008 tot uitdrukking in de reacties van individuele consumenten op stellingen als 'ik ben niet verlegen', 'kom snel in actie' en 'kan niet tegen onrechtvaardigheid'.

15 Nikkels e.a. 2008, p. 9-10. Zie ook Jacobs 1998, p. 37-38. Volgens Bauw/Hartendorp 2005, p. 2305, is 40% van de consumenten die bij een ondernemer klagen ontevreden over de afhandeling van de klacht door de ondernemer.

16 O'Shea & Rickett 2006, p. 148.

17 Scott 2010, p. 4.

18 Geschilbeslechtingdelta 2003, p. 14. Vgl. ook Giesen 2009, p. 319.

19 Vgl. Klapwijk/Ter Voert 2009, p. 14-15.

het zijn dat de ondernemer bereid is geweest de consument tegemoet te komen ‘uit coulance’, om zijn goede naam te beschermen of om een goede service te bieden;²⁰ vanuit die optiek is het minder relevant of de consument terecht klaagde of niet. Scott merkt in dit verband terecht op dat de bescherming van ondernemingen tegen reputatieschade in veel gevallen meer bijdraagt aan de handhaving van consumentenrechten dan het recht dat doet.²¹ Pas wanneer de klacht niet is opgelost, kan van een geschil worden gesproken.²²

Als klagen bij de verkoper of dienstverlener niet helpt, zullen sommige consumenten hun toevlucht nemen tot eigenrichting. Die eigenrichting kan variëren van een onschuldig middel als het weigeren de zaak of dienst nog langer te kopen of het overstappen naar een andere leverancier,²³ tot het publiekelijk uiten van de onvrede en in sommige gevallen zelfs tot geweld.²⁴ Waar de laatste vorm van protest tot strafrechtelijk optreden tegen de consument kan leiden, zijn de beide eerste handelwijzen in beginsel volkomen legaal. Van deze beide handelwijzen is het publieke protest het meest schadelijk voor de ondernemer omdat zij leidt tot negatieve reclame: in plaats van (of naast) te klagen bij de verkoper of dienstverlener, waarschuwen zij familie of vrienden voor de verkoper of dienstverlener²⁵ of klagen zij bij een tv-programma als Kassa! en Radar,²⁶ bij een consumentenorganisatie,²⁷ op webfora of door middel van een ingezonden brief bij een krant of tijdschrift.²⁸ Degenen die geen actie ondernamen, noemden daarvoor als redenen vooral dat er geen grote noodzaak was en dat het veel tijd, energie en geld kost om actie te ondernemen.²⁹ Deze consumenten hadden vaak weinig vertrouwen in een goede afloop en wilden veelal ‘van het gezeur af zijn’.³⁰

Het is de vraag of de consument verdere, eventueel juridische actie wil ondernemen. Van juridische actie blijkt slechts in een kleine minderheid van de gevallen sprake te zijn: in 7% van de gevallen wordt het gerapporteerde probleem beëindigd met een beslissing van een rechter, geschillencommissie of arbiter,³¹ terwijl 45% van

20 De Consumentengids kent de goedgevulde rubriek ‘Aardig’, het consumentenprogramma Tros Radar de rubriek ‘Warme douche’. Beide rubrieken zijn bedoeld om bedrijven die onverplicht, dus zonder dat de consument *recht* had op een prestatie van de ondernemer, de consument ter wille zijn geweest, in het zonnetje te zetten. Zie ook CCA-advies 1973, p. 8; Jongbloed 2006, p. 425.

21 Scott 2010, p. 4.

22 Vgl. Jacobs 1998, p. 25-26.

23 Overstappen komt relatief veel voor bij internet, telefonie, kabel en post, zie Nikkels e.a. 2008, p. 9.

24 Vgl. O’Shea & Rickett 2006, p. 148-149.

25 Jacobs 1998, p. 37, geeft aan dat uit internationaal onderzoek blijkt dat maar liefst 40-67% van de ontevreden consumenten aan vrienden en bekenden vertelt over de negatieve ervaring met de zaak of de dienst. Zie ook Scott 2010, p. 4-5.

26 Zie ook Schaub 2009, p. 165.

27 De Consumentenbond plaatst op de achterzijde van zijn Consumentengids de rubriek Stekeligheden, gebaseerd op van consumenten ontvangen klachten.

28 Nikkels e.a. 2008, p. 14.

29 Vgl. Scott 2010, p. 4.

30 Nikkels e.a. 2008, p. 12. Vgl. ook Jacobs 1998, p. 43.

31 Geschilbeslechtingdelta 2003, p. 14. Volgens Jacobs 1998, p. 41-42, legt zelfs maar 3,5-6% van de consumenten die klagen een geschil aan een derde voor. In een brief aan de Tweede Kamer gaat de Staatssecretaris van Economische Zaken uit van 4,5% van de ontevreden consumenten, zie *Bijl. Handelingen II* 2003/04, 27 879, nr. 9, p. 3.

de problemen eindigt zonder dat overeenstemming is bereikt of een beslissing is genomen door een derde.³² In ieder geval wanneer juridische actie ondernomen wordt bij de burgerlijke rechter, betekent dat in de meeste gevallen het einde van de relatie tussen partijen: uit onderzoek van het WODC blijkt dat slechts 10% van de partijen die betrokken zijn geweest bij een geschil bij de burgerlijke rechter nadien nogmaals zaken heeft gedaan of activiteiten ondernemen met hun wederpartij.³³ Daarbij lijkt het weinig uit te maken of de procedure door middel van een uitspraak van de rechter of door middel van een schikking is geëindigd.³⁴ Zo bezien is het niet onverstandig als een ondernemer een klagende consument tegemoet treedt, ook als die volgens de ondernemer geen of niet geheel gelijk heeft: komen partijen er in dat stadium niet samen uit, dan is de ondernemer in de meeste gevallen in ieder geval een klant kwijt.

Voordat juridische actie ondernomen wordt, wordt in veel gevallen de tussenkomst van een bemiddelende instantie aangegrepen om de klacht te helpen oplossen. Zo geeft in het onderzoek van Nikkels e.a. 2008 een groot deel van de ondervraagden aan zijn recht vooral bij de Consumentenbond of de Ombudsman³⁵ te kunnen halen of door een consumentenprogramma op tv te benaderen.³⁶ Veelal bestaat de bemiddeling uit niet veel meer dan dat de consumentenorganisatie of het tv-programma de klacht van de consument (nogmaals) onder de aandacht brengt van de ondernemer, al dan niet onder druk van dreigende negatieve aandacht in de publiciteit (bijvoorbeeld in de Consumentengids of in het tv-programma).³⁷ Ook de – voor inschakeling van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening verplichte – bemiddeling van de Ombudsman financiële dienstverlening behoort tot dit tussenstadium. In sommige gevallen kan ook mediation een oplossing bieden, met name wanneer het conflict tussen partijen vooral bestaat uit een verstoorde communicatie.³⁸ In veel gevallen leiden deze, in de regel kosteloze, vormen van bemiddeling tot resultaat zonder dat (veel kostbaardere) juridische actie ondernomen behoeft te worden. Wanneer (ook) bemiddeling geen soelaas biedt, rest de consument nog de mogelijkheid van het ondernemen van juridische actie (waaronder mede verstaan het voeren van verweer tegen een vordering van de ondernemer tot betaling voor de geleverde maar gebrekkige zaak of dienst).

32 Geschilbeslechtingsdelta 2003, p. 15. Dat maakt ook dat het niet verwonderlijk is dat de gemiddelde financiële kosten van het oplossen van het probleem in 75% van de gevallen minder dan € 25 bedragen (Geschilbeslechtingsdelta 2003, p. 15): wanneer partijen er in onderling overleg uitkomen of de consument het er al snel bij laat zitten, zullen de kosten uiteraard bescheiden blijven.

33 Eshuis 2009, p. 16, 133.

34 Eshuis 2009, p. 117.

35 In het onderzoek wordt aangegeven dat hiermee zowel op de Nationale ombudsman, maar ook op Stichting De Ombudsman kan worden gedoeld, zie Nikkels e.a. 2008, p. 28.

36 Nikkels e.a. 2008, p. 28-29.

37 Zie ook Jacobs 1998, p. 204-205. De Consumentenbond zendt in dit verband bijv. concept-bijdragen aan de rubriek Stekeligheden aan de ondernemer, met het verzoek om een reactie. In sommige gevallen wordt vervolgens alsnog tegemoet gekomen aan de klacht van de consument, veelal in de hoop negatieve publiciteit te kunnen voorkomen; zie het achtergrondartikel '40 jaar Stekeligheden' in de Consumentengids van januari 2010.

38 Vgl. CCA-advies 2007 p. 18.

Het ondernemen van juridische actie veronderstelt natuurlijk dat de consument op de hoogte is van zijn rechten of zich hiervan op de hoogte wil laten stellen. Zo lang de consument immers niet weet van het bestaan van zijn rechten, zal hij deze ook niet effectueren.³⁹ Consumenten weten veelal dat zij advies over hun rechtspositie kunnen inwinnen bij de Consumentenbond of andere consumentenorganisaties, terwijl meer dan de helft van de ondervraagde consumenten weet dat ook advocaten, de Juridische loketten of hun voorgangers, de Buro's voor Rechtshulp, en de rechts- en wetswinkel advies geven.⁴⁰ De vraag is echter of dat advies ook daadwerkelijk zal worden ingewonnen. Dat is met name dan onwaarschijnlijk indien de consument – bijvoorbeeld na een stellige ontkenning van aansprakelijkheid door de ondernemer ('nee meneer, de garantie is al verstreken, dus ik kan niets meer voor u doen') – ten onrechte zeker denkt te weten dat hij in een bepaald geval geen rechten heeft. In een dergelijk geval zal de consument het niet zinvol vinden om deskundig advies in te winnen.

Dat betekent dat om effectief te kunnen zijn, de informatieverstrekking aan het ontstaan van een geschil *vooraf* moet gaan: de consument zou in dat geval, gewaagd met in ieder geval enige kennis van zijn rechten, zijn klacht aan de ondernemer kenbaar maken en daarbij eventueel ook duidelijk kunnen maken dat hij op de hoogte is van zijn rechten. Wanneer de ondernemer dan laat weten de consument niet (naar de zin van de consument: afdoende) tegemoet wil of kan komen, zal de consument zo nodig verder op zoek (kunnen) gaan naar informatie.

Dit brengt met zich dat de consument op eenvoudige en goedkope wijze informatie omtrent zijn rechten en plichten moet kunnen vinden en die informatie de consument in staat zou moeten stellen om zelf zijn klacht met de aanbieder op te lossen.⁴¹ Het meest effectief daarbij is voorlichting via internet, daar consumenten in eerste instantie vooral daar op zoek gaan naar informatie.⁴² Dat betekent dat websites als Consuwijzer,⁴³ het Juridisch Loket,⁴⁴ Postbus 51,⁴⁵ de nieuwe site over de kantonprocedure⁴⁶ en de nieuwe, door de Europese Commissie opgezette sites *Is it fair?*⁴⁷ en *eYouGuide*⁴⁸ in een grote behoefte kunnen voorzien. De bekendheid van der-

39 Vgl. Hondius 2006b, p. 198; Schaub 2009, p. 150.

40 Nikkels e.a. 2008, p. 23-24.

41 Zo ook de Staatssecretaris van Economische Zaken in een brief aan de Tweede Kamer, *Bijl. Handelingen II* 2003/04, 27 879, nr. 9, p. 2; zie ook CCA-advies 2007, p. 12.

42 Nikkels e.a. 2008, p. 34.

43 <http://www.consuwijzer.nl>. Consuwijzer heeft voor de Consumentenautoriteit, de OPTA en de NMa ook een signaleringsfunctie in het kader van de toezicht- en handhavingsactiviteiten van deze toezicht-houders, zie *Bijl. Handelingen II* 2003/04, 27 879, nr. 9, p. 3; CCA-advies 2007, p. 12-13; Consumentenautoriteit 2008, p. 6. In 2008 hebben de via Consuwijzer binnengekomen signalen onder meer geleid tot onderzoek van de Consumentenautoriteit bij UPC, Garant-O-Matic en Pretium Telecom, zie Consumentenautoriteit 2008, p. 23.

44 <http://www.hetjl.nl/hetjl/>, ook bereikbaar via <http://www.juridischloket.nl>.

45 <http://www.postbus.nl>.

46 <http://www.naardekantonrechter.nl>.

47 <http://www.isitfair.eu>. Deze site kent ook een Nederlandstalige versie.

48 http://ec.europa.eu/information_society/eyouguide/index_en.htm. Ook deze site kent inmiddels een Nederlandstalige versie.

gelijke sites kan nog worden vergroot door spotjes op televisie te tonen, zoals zowel Consuwijzer en Postbus 51 ook daadwerkelijk doen. Een aanzienlijke groep consumenten geeft evenwel aan niet de beschikking te hebben over een computer of over internet.⁴⁹ Van deze groep maken relatief veel 55-plussers, mensen met alleen lager onderwijs of met LBO, en mensen met een inkomen beneden modaal deel uit.⁵⁰ Deze groep zal dus op andere wijze, zoals door middel van telefonische informatie, televisiespotjes en brochures, over haar rechten en plichten moeten worden voorgelicht.⁵¹ Een belangrijke bijdrage aan de kennis van het consumentenrecht zijn voorts tv-programma's als Kassa! en Radar.⁵²

Tot dusver heeft de ruime beschikbaarheid van informatie via websites als Consuwijzer nog niet geleid tot een betere kennis van het consumentenrecht, zo blijkt uit onderzoek van Nikkels e.a. uit 2008. Zo weet nog altijd 59% van de ondervraagde consumenten niet dat wanneer de garantietermijn voor een zaak is verstreken, de consument nog steeds recht kan hebben op gratis reparatie of vervanging, terwijl 33% zelfs meent dat hij in dat geval nergens meer recht op heeft.⁵³ Overigens schat ook bijna de helft van de ondervraagde consumenten het eigen kennisniveau als onvoldoende in.⁵⁴ Dat is op zichzelf niet erg, mits de consument bereid en in staat is zo nodig deskundige hulp of advies in te winnen. Zoals hierboven is aangegeven, zijn daar echter wel kanttekeningen bij te plaatsen.

Wanneer de consument, al dan niet na advies te hebben ingewonnen, zijn rechten wil effectueren, wordt hij in veel gevallen echter direct geconfronteerd met het feit dat ook de meeste ondernemers niet goed op de hoogte zijn van de rechten van consumenten.⁵⁵ De kans is dan ook groot dat de consument bot vangt met zijn

49 Nikkels e.a. 2008, p. 34.

50 Nikkels e.a. 2008, p. 143-144.

51 Als middel tot voorlichting van consumenten acht ik de door de Europese Commissie verzorgde EU-consumentendag – die tot dusver vooral uit internationale symposia heeft bestaan – minder zinvol. Zie over deze EU-consumentendag de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende de handhaving van het consumentenacquis, COM 2009(330) definitief, p. 14-15.

52 Schaub 2009, p. 165.

53 Nikkels e.a. 2008, p. 21.

54 Nikkels e.a. 2008, p. 21.

55 Zie De Jong/Snel 2000, p. 7, 25-27. Dit rapport (in parlementaire stukken veelal aangeduid als 'EIM-rapport') was tot voor kort te downloaden via <http://www.minez.nl>. Op 31 juli 2009 was dit rapport evenwel niet meer te vinden. Het rapport wordt op dit punt ook aangehaald in *Bijl. Handelingen II* 2000/01, 27 879, nr. 2, p. 15-16. Soortgelijke resultaten blijken ook uit een onderzoek van Tros Radar dat op 7 januari 2002 werd gepresenteerd, vgl. het persbericht van 6 januari 2002, te vinden op <http://www.nieuwsbank.nl/inp/2002/01/07/E001.htm> (laatstelijk gecontroleerd op 3 augustus 2009) en uit een onderzoek van computerclub HCC, zie het nieuwsbericht 'Computer- en elektronica winkels weten niets van consumentenrechten' van 16 juni 2006, te vinden op <http://www.hcc.nl/eCache/DEF/2/268.html> (laatstelijk gecontroleerd op 3 augustus 2009), waarover ook het AD bericht op 15 juni 2006, thans te vinden op <http://www.ad.nl/economie/article408303.ece?pageNavType=all> (laatstelijk gecontroleerd op 3 augustus 2009).

claim omdat de ondernemer ten onrechte denkt dat de consument alleen gedurende de garantieperiode recht heeft op gratis vervanging of reparatie.⁵⁶

Kortom, reeds de gebrekkige kennis van het consumentenrecht van zowel consumenten als ondernemers staat in de weg aan een effectieve handhaving van het consumentenrecht.⁵⁷

⁵⁶ Uit De Jong/Snel 2000, p. 26, blijkt dat in 2000 slechts 22% van de ondervraagde ondernemers wist dat de consument ook na het verstrijken van de garantieperiode recht kan hebben op gratis reparatie of vervanging.

⁵⁷ De Jong/Snel 2000, p. 33; zo ook Schaub 2009, p. 150, 167.

2 Aantal consumentengeschillen

Wanneer een consument, al dan niet na advies te hebben ingewonnen, weet dat hij rechten kan doen gelden, is de vraag of hij daadwerkelijk overgaat tot handhaving daarvan. Blijkens een brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken uit 2006 is het uitgangspunt van het kabinetsbeleid

‘dat consumenten en aanbieders in eerste instantie zelf verantwoordelijk zijn voor het oplossen van hun conflicten.’¹

De regering stelt dus nadrukkelijk voorop dat handhaving van het consumentenrecht in de eerste plaats een taak voor consumenten zelf is. Daarbij wil de regering het aantal te beslechten geschillen terugdringen door ondernemers te bewegen meer aandacht te besteden aan klachtenafhandeling, en tegelijk ervoor zorgen dat van de klachten die overblijven, er minder bij de gewone rechter terecht komen en meer bij geschillencommissies. Het kabinet stimuleert het gebruik van deze laagdrempelig geachte geschillencommissies nadrukkelijk.³ Die warme aandacht voor geschilbeslechting door geschillencommissies wordt overigens mede ingegeven door de gedachte dat deze vorm voor de burger, maar zeker ook voor de overheid goedkoper kan zijn dan geschilbeslechting door de burgerlijke rechter, doordat een minder groot beslag wordt gelegd op het gerechtelijke overheidsapparaat en op de gesubsidieerde rechtsbijstand. Daarbij verdient opmerking dat geschillencommissies in de praktijk voornamelijk door het bedrijfsleven zelf worden gefinancierd.⁴

Het kabinetsbeleid komt onder meer tot uiting in het streven naar uitbreiding van het aantal geschillencommissies dat ressorteert onder De Geschillencommissie –

¹ Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 31 augustus 2006, *Bijl. Handelingen II* 2005/06, 27 879, nr. 14, p. 3. Dit standpunt is overigens verre van nieuw: al in het CCA-advies 1973, p. 10, is het verwoord. Vgl. ook Engelhard 2009, p. 16.

² Vgl. ook Bauw/Hartendorp 2005, p. 2304.

³ Vgl. de Minister van Justitie in twee brieven aan de Tweede Kamer, *Bijl. Handelingen II* 2005/06, 27 879, nr. 14, p. 4-5; *Bijl. Handelingen II* 2005/06, 29 279, nr. 35, p. 5. Zie ook de nota Bruikbare Rechtsorde, Brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Bijl. Handelingen II* 2003/04, 29 729, nr. 9, p. 12, 26-27. Ook de Staatssecretaris van Economische Zaken gaat van dit standpunt uit, zie *Bijl. Handelingen II* 2003/04, 27 879, nr. 9, p. 3-4. Overigens werd de regering reeds in het CCA-advies 1973, p. 12, opgeroepen de geschilbeslechting door geschillencommissies te bevorderen, hetgeen nadien ook staande praktijk is geworden.

⁴ Engelhard 2009, p. 22-23; Jongbloed 2009, p. 255; zie ook Giesen 2009, p. 320.

beter bekend onder de oude naam Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC).⁵ Dat beleid lijkt zijn vruchten af te werpen: eind 2008 waren er inmiddels 42 geschillencommissies bij De Geschillencommissie aangesloten, terwijl in 2009 de Geschillencommissie Informatiedienstaanbieders (voor 0900-betalnummers) en de Geschillencommissie Luchtvaart van start zijn gegaan. Nieuwe geschillencommissie worden onder meer voorzien voor de juweliers- en uurwerkenbranche, fitness-bedrijven, schoonheidsspecialisten, pedicures en kappers.⁶

De door de Staatssecretaris van Economische Zaken in zijn brief uit 2006 geuite één-loket-gedachte is inmiddels gedeeltelijk verlaten met de afzonderlijke instelling, in 2007, van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid), waarin geschillen tussen consumenten en financiële dienstverleners ten aanzien van financiële producten en diensten zijn geconcentreerd. Het Kifid kent naast de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening een voorportaal, de Ombudsman Financiële Dienstverlening, die tussen partijen bemiddelt. De Ombudsman kreeg in 2008 6411 zaken binnen. De door de Ombudsman als ‘onbemiddelbaar’ aangeduide klachten kunnen worden voorgelegd aan de Geschillencommissie. In 2008 heeft deze (slechts) 347 klachten in behandeling genomen. Dit geringe aantal is volgens het Kifid te wijten aan het feit dat het Ministerie van Financiën pas na de inwerkingtreding van de Wet financieel toezicht per 1 januari 2007 is overgegaan tot erkenning van geschilleninstanties.⁷ Daarnaast is denkbaar dat consumenten hetzij geholpen zijn door de bemiddeling door de Ombudsman, hetzij zozeer teleurgesteld zijn in de uitkomst van die bemiddeling dat zij het geschil niet meer aan de geschillencommissie willen voorleggen.⁸

De geschilbeslechting door geschillencommissies als die van De Geschillencommissie en het Kifid staat naast de geschilbeslechting door de gewone rechter.⁹ Consumentenzaken betreffende de koop van woningen en auto's zullen, gezien de hoogte van de vorderingen, veelal door de sector civiel van de rechtbank worden behandeld. De meeste consumentenzaken worden, gezien de huidige competentiegrens van € 5000, echter voorgelegd aan de sector kanton. Om hoeveel consu-

⁵ *Bijl. Handelingen II* 2005/06, 27 879, nr. 14, p. 4-5.

⁶ De Geschillencommissie 2008, p. 6.

⁷ Vgl. Kifid 2008, p. 10-11. Ter vergelijking: uit het jaarverslag van De Geschillencommissie over 2007 blijkt dat in 2006 bij de Geschillencommissie Bankzaken 698 nieuwe klachten waren binnengekomen, terwijl de Geschillencommissie Hypothecaire financieringen in dat jaar 459 klachten had ontvangen. Zie De Geschillencommissie 2007, p. 22. De Klachtencommissie van het Dutch Securities Institute (DSI), de derde voorganger van het Kifid, had in 2006 315 nieuwe klachten ontvangen, zie DSI 2007, p. 15.

⁸ In deze zin althans de voorzitter van de Geschillencommissie, prof. mr. C.E. du Perron, zie Kifid 2008, p. 36.

⁹ Ook arbitrale colleges als de Raad van Arbitrage voor de bouw en het Arbitrage Instituut GIW woningen beslechten consumentengeschillen, welke met name betrekking hebben op de bouw van woningen. Betrouwbare getallen over het aantal consumentenzaken waar het hier om gaat, ontbreken echter. Zoals in de inleiding bij dit deel van het preadvies is aangegeven, wordt hier niet nader ingegaan op arbitrage.

mentenzaken het hierbij gaat, is onduidelijk: de civielrechtelijke zaken worden, met uitzondering van de familierechtelijke uitspraken, gezamenlijk geregistreerd. Bij de sector kanton ging het daarbij in 2008 om 561.900 einduitspraken, bij de sector civiel om 102.010.¹⁰ Deze cijfers zeggen echter vrij weinig omdat onder deze getallen ook de uitspraken in verstekzaken,¹¹ in kort geding en de uitspraken in geschillen tussen ondernemers onderling zijn begrepen en, voor de sector kanton, ook die in arbeids- en huurzaken. Iets meer inzicht biedt een advies van de Raad voor de Rechtspraak uit 2007. Volgens dat advies waren in (vermoedelijk)¹² 2006 61.485 contradictoire zaken met een financiële waarde tot € 2000 aanhangig, waarvan in 59.992 zaken een van beide partijen een particulier, eenmanszaak of vennootschap onder firma was. Bij een financieel belang van € 2000 tot € 5000 ging het om 17.507 van de 18.406 contradictoire zaken, terwijl bij vorderingen van meer dan € 5000¹³ in 5355 van de 5723 contradictoire zaken hetzij de eiser, hetzij de gedaagde een particulier, een eenmansbedrijf of een v.o.f. was.¹⁴ In totaal gaat het dus om 82.854 van de 85.614 contradictoire zaken. Ook in deze getallen zijn echter de arbeids- en huurzaken begrepen. Een duidelijk beeld van het aantal consumentenzaken komt hieruit niet naar voren.

De gevallen waarin *consumenten* als eiser procederen tegen ondernemers lijken vrij beperkt te zijn: uit dossieronderzoek uit de jaren '80 van de vorige eeuw blijkt dat bij kantonzaken op het gebied van het huur- en kooprecht in 80% van de gevallen de eiser een ondernemer en de gedaagde een consument was, terwijl bij de sector civiel van de rechtbank in 70% van de gevallen een ondernemer de eiser was en deze in 40% tegen een consument procedeerde en in slechts 30% van de zaken tegen een andere onderneming.¹⁵ Bauw en Hartendorp schatten in 2005 het percentage kantonzaken met een belang tussen de € 2500 en € 5000 waarin een consument als eiser en een rechtspersoon als gedaagde optrad op niet meer dan 5%. Daarmee berekenden zij dat in 2004 circa 26.500 consumentenzaken bij de kantonrechter zijn ingestroomd.¹⁶

De cijfers van De Geschillencommissie geven een beter beeld over de bereidheid van consumenten om hun rechten te effectueren door het voeren van een individuele procedure. In 2006 was het aantal nieuwe klachten 11.968, in 2007 ging

¹⁰ Zie Rechtspraak 2008, p. 39 resp. 37.

¹¹ Jongbloed 2006, p. 426, geeft aan dat van de 382.300 vonnissen die de kantonrechters in 2004 hebben uitgesproken, 80% verstekzaken betrof. In een rapport van een werkgroep van het Ministerie van Justitie uit 2006 werd ervan uitgegaan dat het bij incasso-zaken in bijna 90% van de gevallen om verstekzaken gaat, zie Ministerie van Justitie 2006, p. 9.

¹² Het advies geeft niet met zoveel woorden aan op welk jaar de cijfers betrekking hebben.

¹³ Gezien de huidige competentiegrens moeten dit aardzaken zijn, bijv. ontbinding van de arbeids-overeenkomst of ontruiming van een gehuurde onroerende zaak.

¹⁴ Raad voor de rechtspraak 2007a, p. 2-3.

¹⁵ Geschilbeslechtingdelta 2003, p. 25. Daarbij verdient opmerking dat inmiddels de competentiegrens om een geschil aan de kantonrechter voor te leggen, is verhoogd van f 5000 naar (thans) € 5000 en het aantal geschillencommissies is gestegen van 23 in 1998 tot 42 eind 2008, zie Jacobs 1998, p. 297, en De Geschillencommissie 2008, p. 6.

¹⁶ Bauw/Hartendorp 2005, p. 2306. Ook uit een onderzoek van het WODC uit 2009 blijkt dat particulieren veel vaker als gedaagde optreden dan als eiser, zie Eshuis 2009, p. 101.

het om 11.280 nieuwe klachten,¹⁷ terwijl in 2008 11.064 nieuwe klachten ingediend. In 2006 zijn 4786 bindende adviezen geweest, in 2007 ging het om 3504 bindende adviezen en in 2008 om 3417 bindende adviezen.¹⁸ De daling in het aantal klachten en bindende adviezen in 2007 en 2008 wordt verklaard door het feit dat de Geschillencommissie Bankzaken en de Geschillencommissie Hypothecaire financieringen zijn overgegaan naar het Kifid en doordat vanaf 2007 een aantal geschillencommissies is overgegaan tot het digitaal indienen van geschillen, waardoor het de consument al in een vroeg stadium duidelijk wordt dat een bepaalde klacht niet in behandeling kan worden genomen.¹⁹ Deze geschillen leiden dan niet tot een procedure, waardoor het aantal in behandeling genomen klachten wat lager is geworden.

¹⁷ De aantallen betreffende 2006 en 2007 zijn ontleend aan De Geschillencommissie 2007, p. 7, die over 2008 aan De Geschillencommissie 2008, p. 19-20.

¹⁸ De aantallen betreffende 2006 en 2007 zijn ontleend aan De Geschillencommissie 2007, p. 7, die over 2008 aan De Geschillencommissie 2008, p. 19-20.

¹⁹ De Geschillencommissie 2007, p. 7.

3 Problemen bij het ondernemen van actie bij de gewone rechter

In hoofdstuk 2 is duidelijk geworden dat maar een beperkt aantal geschillen uiteindelijk bij een geschilbeslechter terecht komt. Is de consument wel daadwerkelijk in staat juridische actie te ondernemen om zijn rechten te effectueren? Is de toegang van de consument tot de rechter voldoende gewaarborgd? Alleen als dat het geval is, kan de door de (Nederlandse en Europese) wetgever geboden consumentenbescherming ook daadwerkelijk effectief zijn.¹ In dit hoofdstuk ga ik in op de problemen die een consument ondervindt wanneer hij zijn rechten wil effectueren bij de burgerlijke rechter. Problemen zijn van verschillende aard. In de eerste plaats kan het zijn dat de consument onbekend is met de mogelijkheid dat het geschil kan worden beslecht door de rechter (par. 3.1). Ook het formele taalgebruik en het imponerende karakter van een procedure bij, vooral, de burgerlijke rechter kan consumenten weerhouden van het voeren van een procedure. Dat is uiteraard ook het geval indien de consument de Nederlandse taal onvoldoende machtig is (par. 3.2). Ook kunnen er formele drempels bij de aanvang van de procedure zijn aangebracht, zoals de verplichting om eerst in onderling overleg te proberen het geschil op te lossen (par. 3.3), terwijl ook klachttermijnen en de duur van de procedure belemmerend kunnen werken (par. 3.4). Het grootste probleem voor consumenten om geschillen aan een rechter voor te leggen is echter de hoogte van de daaraan verbonden kosten en, in het bijzonder, het risico van een proceskostenveroordeling (par. 3.5). In par. 3.6 zal worden ingegaan op de problemen die consumenten kunnen ondervinden met de nakoming van een voor hen gunstig, toewijzend vonnis of arrest. In par. 3.7 ten slotte zal kort worden ingegaan op problemen die consumenten kunnen ondervinden in internationale gevallen. Buiten beschouwing, maar daarmee in de praktijk niet minder belangrijk, blijft de emotionele belasting die een geschil met zich kan brengen, zoals de stress, de ergernis en de moeite die het kost om een procedure op te starten. Deze belasting geldt overigens evenzeer bij de mogelijkheid om een geschil aan een geschillencommissie voor te leggen.²

¹ Vgl. CCA-advies 2007, p. 10.

² Zie in dit verband CCA-advies 2007, p. 24; Engelhard 2009, p. 21; Schaub 2009, p. 152.

3.1 Onbekendheid met mogelijkheid geschilbeslechting door burgerlijke rechter

Wanneer een (wel) goed geïnformeerde consument zijn vordering wil effectueren, zal hij een externe instantie moeten inschakelen als geschilbeslechter. Daarbij moet hij echter nog diverse drempels overwinnen. Zo zal de consument in de eerste plaats moeten weten aan wie hij het geschil kan voorleggen.³ Uit het al eerder aangehaalde onderzoek van Nikkels e.a. 2008 blijkt dat slechts 66% van de consumenten bekend is met de mogelijkheid om een geschil voor te leggen aan de kantonrechter of rechtbank.⁴ Dat is op zichzelf niet verwonderlijk, daar consumenten slechts zelden zelf een procedure bij de burgerlijke rechter aanspannen en dus op dit punt niet op ervaring met de procedure kunnen bogen: zij zijn op dit punt te zien als *one-shotters*. In de meeste geschillen treedt de consument in procedures bij de burgerlijke rechter dan ook niet op als eiser, maar als gedaagde.⁵ Uit dien hoofde is hij uiteraard noodgedwongen bekend (geraakt) met het bestaan van de kantonrechter of van de sector civiel. Voor ondernemers is de weg naar de bevoegde rechter veelal geen onbekende. Als *repeat player* zijn veel ondernemers dan ook uit ervaring bekend met het antwoord op de vraag wie hij moet of kan inschakelen als geschilbeslechter ten einde zijn vordering op de consument te kunnen effectueren.⁶

3.2 Taal, taalgebruik en formaliteiten betreffende de procedure

Indien de consument moeite heeft het veelal formele en ingewikkelde taalgebruik van gerechtelijke instanties te begrijpen, kan het nodig zijn om hiervoor hulp in te schakelen.⁷ Dat probleem doet zich in sterkere mate voor bij laaggeletterden. Zeker voor hen vormt het juridische jargon⁸ dus een communicatieve drempel om de hen toekomende rechten te handhaven. Ook het formele karakter en de imponerende entourage van procedures bij de burgerlijke rechter – variërend van het dragen van toga's door de rechter en de aanwezige advocaten tot het uitroepen van de zaak door een gerechtsbode en het horen van (ook partij-)getuigen onder ede⁹ – en de noodzaak tot inschakeling van rechtsbijstand kunnen in de weg staan aan een effectieve uitoefening van rechten door consumenten.¹⁰ De procedure bij de kantonrechter is veel informeler; bovendien is voor het voeren van een procedure

³ Vgl. ook Schaub 2009, p. 150.

⁴ Spontaan komen nog veel minder consumenten op deze mogelijkheid, zie Nikkels e.a. 2008, p. 28.

⁵ Zie hierboven, hoofdstuk 2.

⁶ Vgl. in algemene zin ook Bruinsma 2009, p. 2553.

⁷ Zie ook Jacobs 1998, p. 161.

⁸ De Jong/Snel 2000, p. 34. Laaggeletterden blijken overigens niet minder goed op de hoogte van hun rechten te zijn, zie Nikkels e.a. 2008, p. 40.

⁹ Zie Asser 2009, p. 31, die spreekt over 'intimidatie van een getuige' door de beëdiging en de sanctie op meened.

¹⁰ CCA-advies 1973, p. 9; Jacobs 1998, p. 161, 169, 182; Hondius 2006a, p. 478.

bij de kantonrechter geen procesvertegenwoordiging verplicht, zodat de noodzaak tot rechtsbijstand geringer is.¹¹ Wellicht zal de kantonrechter ook meer genegen zijn tot ambtshalve toetsing aan het (Europese) consumentenrecht,¹² waartoe de rechter volgens het Hof van Justitie verplicht is in geval van onredelijk bezwarende bedingen¹³ en mogelijk voor afwijkingen van de consumentenkoopregeling¹⁴ en waartoe hij in ieder geval *bevoegd* is in geval van colportagezaken.¹⁵ Een voordeel van de kantonprocedure boven de in hoofdstuk 5 te bespreken procedure bij de geschillencommissie is wel dat de behandeling van kantonzaken op meer plaatsen plaatsvindt, dus veelal dicht bij de woonplaats van de consument, met daaraan gekoppeld een relatief korte reistijd en niet al te hoge reiskosten.¹⁶

Ook voor het *indienen* van het geschil gelden voorschriften. Daarbij valt ook in dit opzicht het formele karakter van de procedure bij de burgerlijke rechter op. De procedure vangt aan door middel van een dagvaarding, die uitgebracht moet worden door een deurwaarder. De dagvaarding moet door de deurwaarder aan de gedaagde partij worden betekend.¹⁷ Voor de eiser betekent dit dat hij de procedure niet zelf kan opstarten, maar een deurwaarder moet inschakelen, ook als de procedure voor de kantonrechter gevoerd wordt.¹⁸

De in acht te nemen formaliteiten bij het indienen van de vordering en het ook daarbij gebruikte juridische jargon levert uiteraard een extra grote drempel op voor consumenten die de Nederlandse taal niet goed machtig zijn. Een procedure voor de burgerlijke rechter moet in het Nederlands worden gevoerd en ook de processtukken moeten in de Nederlandse taal worden gesteld. Dit volgt onder meer *a contrario* uit het feit dat het gebruik van de Friese taal in het rechtsverkeer uitdrukkelijk wettelijk geregeld is¹⁹ en een regeling voor het gebruik van andere talen ontbreekt.²⁰ Dat betekent vermoedelijk dat een in een andere taal gestelde dagvaarding nietig is, welke nietigheid dan door de rechter ambtshalve moet worden uit-

¹¹ Schaub 2009, p. 155.

¹² Zie in dit verband ook het pleidooi van Schaub 2009, p. 168, tot ruimhartiger ambtshalve toepassing van het Europese consumentenrecht, bij welk pleidooi ik mij graag aansluit.

¹³ Zie met name Hof van Justitie 4 juni 2009, zaak C-243/08, n.n.g., Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Györfi, *TvC* 2009/5, p. 191-194 m.nt. M.B.M. Loos, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak).

¹⁴ Art. 7 lid 1 van de Richtlijn consumentenkoop (Richtlijn 1999/44/EG, *PbEG* 1999, L 171/12) bepaalt dat ook afwijkingen van deze richtlijn de consument niet binden. Het artikel gebruikt daarmee dezelfde bewoordingen als art. 6 lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen, welke bepaling heeft geleid tot het *Pannon*-arrest en de daaraan voorafgaande rechtspraak van het Hof van Justitie.

¹⁵ Zie Hof van Justitie 17 december 2009, zaak C-227/08, n.n.g. (*Martín Martín/EDP Editores*).

¹⁶ CCA-advies 1973, p. 14; Hondius 2006a, p. 483; Jongbloed 2006, 426; Jongbloed 2009, p. 249, 259; Schaub 2009, p. 155. Zie over de voornemens tot vermindering van het aantal zittingsplaatsen Jongbloed 2009, p. 259-261.

¹⁷ Zie art. III jo. 45 Rv.

¹⁸ Schaub 2009, p. 155.

¹⁹ Zie de Wet van 11 mei 1956, houdende enige regelen betreffende het gebruik van de Friese taal, in het bijzonder in het rechtsverkeer, zoals laatstelijk gewijzigd bij Wet van 28 januari 1999, *Stb.* 1999, 30.

²⁰ In de ze zin ook W.H. Heemskerk, noot bij Rechtbank Alkmaar 26 mei 1988, *NJ* 1987, 407 (X/Y).

gesproken.²¹ Wanneer de consument als gedaagde in een andere taal verweer voert, wordt de vordering van de eiser als onweersproken wordt toegewezen.²² Dat betekent echter wel dat wanneer de consument de Nederlandse taal niet machtig is, hij zal moeten worden geholpen door iemand die wel in het Nederlands kan communiceren. Wanneer hierdoor een tolk of vertaler moet worden ingeschakeld, zullen uiteraard ook extra kosten moeten worden gemaakt. Dat betekent dat voor een consument die problemen heeft om het Nederlands te verstaan, de drempel om zich tot de rechter te wenden, aanmerkelijk hoger zal zijn, ook wanneer geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging.

3.3 Verplichting tot voorafgaande communicatie, klachtplicht en klaagtermijnen

In de praktijk zullen partijen voorafgaande aan de instelling van een vordering vrijwel steeds met elkaar hebben gecommuniceerd. De eis van de verkoper of dienstverlener tot betaling voor de geleverde zaak of dienst zal vrijwel altijd schriftelijk worden vastgelegd, zodat hiervan veelal nog bewijsmateriaal beschikbaar is. Wanneer de consument vervanging of reparatie van een kapotte zaak wenst, zal hij vaak niet (direct) schriftelijk reageren, maar veelal teruggaan naar de winkel van de verkoper of dienstverlener van wie hij de zaak of dienst heeft afgenomen. Dat dergelijk contact heeft plaatsgevonden, is gewoonlijk niet vastgelegd in correspondentie tussen partijen. Daardoor is het vaak niet eenvoudig te bewijzen dat het contact heeft plaatsgevonden. Wanneer de overeenkomst online is gesloten, zal de consument zijn klacht veelal per email of via een klachtenformulier op het web kenbaar maken. Wanneer daarop door de ondernemer wordt gereageerd, is wel eenvoudig te bewijzen dat contact heeft plaatsgevonden, maar dat is zeker wanneer gebruik gemaakt is van een webformulier waarop niet gereageerd wordt door de onderneming, anders. Dat betekent dat wanneer de consument verplicht zou zijn te bewijzen dat hij zijn klacht heeft voorgelegd aan de ondernemer voordat zijn vordering inhoudelijk kan worden behandeld, de consument in veel gevallen ge-

21 Zo ook A.I.M. van Mierlo, aantekening 9 bij art. 278 Rv, in: *T&C Rechtsvordering*, ten aanzien van de taal waarin een verzoekschrift is gesteld. Anders Rechtbank Alkmaar 26 mei 1988, *NJ* 1989, 407 (m.nt. WHH; X/Y) in een geval waarin de dagvaarding in het Engels was gesteld en gedaagde zich op de nietigheid van de dagvaarding beriep. De rechtbank verwierp dit beroep omdat 'de dagvaarding klaarblijkelijk aan haar oproepingsfunctie [heeft] voldaan. Voorts is de Engelse taal zowel in Nederland als in Spanje voldoende gangbaar om zowel gedaagde als zijn procureur in staat te stellen kennis te nemen van de materiële stellingen van eiseres.' In zijn noot onder het vonnis stelt Heemskerk dat de regel dat de rechtstaat in Nederland het Nederlands is, van zo fundamentele betekenis is dat een in andere taal gestelde dagvaarding in strijd met de openbare orde en dus van rechtswege nietig is. Een ander oordeel zou kunnen meebrengen dat de procedure zelfs op basis van een in het Russisch of Chinees gestelde dagvaarding moet worden voortgezet, zeker als die taal (ook) de taal van de verschenen gedaagde zou zijn, zodat die niet in zijn verdediging geschaad zou zijn, aldus Heemskerk.

22 Zie bijv. Kantonrechter Utrecht 14 december 2005, *Prg.* 2006, 121 (*Advocatenkantoor Kabalt/Hoffmann*); Kantonrechter Zaandam 3 juli 2008, *LJN* BD6218 (*Ohra/X*). Vgl. ook Van Mierlo, in: *T&C Rechtsvordering*, aantekening 4 bij artikel 282 Rv. Anders Kantonrechter Den Haag 9 maart 1989, *NJ* 1989, 711 (*Akoestisch Adviesbureau Peutz en Associés/The 147 Snooker Club e.a.*).

dwongen wordt om (alsnog) schriftelijk te klagen bij de ondernemer. Dat levert op zichzelf al een feitelijke drempel op om de procedure aanhangig te maken.

Een dergelijke drempel bestaat, anders dan bij de geschillencommissies, niet bij de gewone rechter: in beginsel staat het een partij vrij om de wederpartij rauwelijks te dagvaarden, dus zonder voorafgaande aanmaning of verzoek om te voldoen aan de vordering.²³ Stein schrijft in dit verband dat de wetgever bewust heeft nagelaten de eiser te verplichten om voorafgaand aan het instellen van een procedure overleg te voeren met de gedaagde ten einde te onderzoeken of een schikking mogelijk is.²⁴ Wel kan het zijn dat een rechter van oordeel is dat de procedure prematuur was, en kan hij daarin aanleiding zien om de proceskosten als nodeloos gemaakt of veroorzaakt, voor rekening te laten komen van de eiser.²⁵ Ook gelden geen specifieke termijnen voor de indiening van een vordering bij de gewone rechter, wat impliceert dat een eiser niet niet-ontvankelijk kan worden verklaard indien hij geruime tijd wacht met de indiening ervan nadat zijn vordering opeisbaar is geworden. Wel loopt de eiser het risico dat zijn vordering verjaard is indien hij te lang wacht met het instellen van de vordering, zodat de vordering wordt afgewezen als de wederpartij zich daar op beroept. Dat risico speelt met name bij consumentenkoopovereenkomsten, waar een korte verjaringstermijn geldt voor zowel de vordering van de ondernemer tot betaling²⁶ als voor de vordering van de consument wegens non-conformiteit.²⁷

Voor de vordering van de consument geldt echter in de praktijk een nog veel belangrijke drempel: op grond van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW is een schuldeiser gehouden om binnen bekwame tijd nadat hij een gebrek in de prestatie (de zaak of dienst) heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, de verkoper of dienstverlener hiervan in kennis te stellen. Wanneer de vordering voortvloeit uit de non-conformiteit van een geleverde zaak en de schuldeiser een consument is, vangt de klachttermijn pas aan wanneer de consument het gebrek daadwerkelijk heeft ontdekt, en is zijn klacht in ieder geval tijdig indien deze binnen twee maanden na ontdekking van het gebrek is ontvangen door de verkoper. Voor alle schuldeisers, dus ook voor consumenten als deze een vordering te gelde willen maken, geldt volgens de Hoge Raad echter dat op hen zowel de stelplicht als de bewijslast rust d t tijdig is geklaagd.²⁸ Dat is juist bij consumentenklachten een serieus te noemen drempel, aangezien de klacht in veel gevallen in eerste instantie

23 Vgl. bijvoorbeeld Kantonrechter Almelo 30 januari 2007, *NJF* 2007, 192, *LJN* AZ7511; Voorzieningenrechter Rechtbank Maastricht 15 juli 2005, *LJN* AT9418 (*X c.s./Interim Bemiddeling BV en Interim Vastgoedbeheer BV*).

24 Vgl. de noot van P.A. Stein onder HR 11 december 1998, *NJ* 1999, 642 (*Exploitatiemaatschappij Horewa BV/Holding Schoenverkoop Nederland BV*).

25 Vgl. Stein/Rueb 2007, p. 202-203.

26 2 jaar na opeisbaarheid, art. 7:28 BW.

27 2 jaar na mededeling van de non-conformiteit, art. 7:23 lid 2 BW.

28 Zie HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (*Ploum/Smeets en Geelen Tankstations BV*), waarover mijns inziens terecht zeer kritisch Tamboer 2008, p. 223-224.

niet schriftelijk is geuit, maar in persoon, doordat de consument is teruggegaan naar de winkel van de verkoper of dienstverlener van wie hij de zaak of dienst heeft afgenomen. Zoals eerder opgemerkt is het feit dat dergelijk contact heeft plaatsgevonden gewoonlijk niet vastgelegd in correspondentie tussen partijen, zodat het vaak niet eenvoudig te bewijzen dat het contact heeft plaatsgevonden. Bovendien zal een consument in veel gevallen – zeker wanneer hij procedeert zonder rechtsbijstand, zoals mogelijk is bij de kantonrechter – zich er helemaal niet bewust van zijn dat op hem op dit punt de verplichting rust om hieromtrent iets te stellen en mogelijk zelfs te bewijzen: dat hij hier iets over dient te zeggen, zal hij vaak pas in de gaten hebben op het moment dat de verkoper of dienstverlener hier iets over zegt. De mogelijkheid tot bewijslevering zal dan veelal beperkt zijn tot partijgetuigenbewijs, dat eenvoudig ontkracht kan worden door (desnoods meinedig) tegenbewijs door de verkoper of dienstverlener tijdens een contra-enquête. Mijns inziens stelt de Hoge Raad op dit punt veel te hoge eisen aan de klachtplicht van de schuldeiser, zeker indien deze een particulier is die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt; daarbij is mijns inziens niet relevant of sprake is van een consumentenkoop of bijv. de koop van een woning door de ene consument van de andere.²⁹ Een en ander geldt te meer indien de verkoper of dienstverlener weet dat hij is tekortgeschoten: in dat geval is er ook nauwelijks een beschermenswaardig belang van de verkoper of dienstverlener aan te wijzen waarom hij aan aansprakelijkheid zou mogen ontsnappen doordat de consument niet tijdig genoeg heeft geklaagd.³⁰

Schending van de klachtplicht heeft bovendien vergaande gevolgen, zo blijkt uit andere rechtspraak van de Hoge Raad: indien de consument niet tijdig heeft geklaagd, of nalaat of niet in staat is te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij tijdig geklaagd heeft, kan hij na het verstrijken van de ‘bekwame tijd’ geen beroep meer doen op het gebrek. Daarmee vervallen volgens de Hoge Raad niet alleen *alle* rechten die hij had kunnen ontlenen aan de non-conformiteit, maar ook een vordering op basis van dwaling of onrechtmatige daad, voor zover de vorderingen op hetzelfde feitencomplex gebaseerd worden, ook indien de verkoper of dienstverlener niet of nauwelijks geschaad is door de late klacht.³¹ Voor een dergelijk vergaande sanctie bestaat mijns inziens geen rechtvaardiging.³²

29 Zo ook Tamboer 2008, p. 223.

30 In deze zin ook Bollen/Hartlief 2009, p. 2811, die terecht opmerken dat in deze gevallen – en al helemaal in geval van bedrog aan de zijde van de schuldenaar – de klachtplicht niet van toepassing zou moeten zijn.

31 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (m.nt. Jac. Hijma; *Pouw c.s./Visser c.s.*).

32 In deze zin onder meer ook Mon. Nieuw BW B-65a (Wessels), nr. 50; Mon. Nieuw BW B-65b (Loos), nr. 32; vgl. ook kritisch Hijma in zijn annotatie onder het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2007; Asser-Hijma, nr. 542-543; Mon. Nieuw BW A-6b (Tjittes), nr. 27; Tamboer 2008, p. 226-227; Bollen/Hartlief 2009, p. 2806, 2811-2812.

3.4 Duur van de procedure

Voor het voeren van een procedure bij de gewone rechter moet de consument een lange adem hebben.³³ Het valt nog wel mee als het gaat om een kantonzaak waarbij wel verweer wordt gevoerd, maar geen bewijsopdracht, descende of pleidooi plaatsvindt: in dat geval gold in 2008 een gemiddelde doorlooptijd van 19 weken. Zodra echter sprake is van – bijvoorbeeld – een bewijsopdracht, duurt de gehele procedure gemiddeld bijna een jaar.³⁴ Bij de sector civiel, in hoger beroep en in cassatie wordt geen onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin wel of geen bewijsopdracht, descende of pleidooi plaatsvindt. De gemiddelde doorlooptijd bij de sector civiel bedraagt 61 weken.³⁵ Bij deze doorlooptijd moet in beide gevallen nog worden geteld de periode waarin partijen (schriftelijk) met elkaar communiceren over de vordering van de ondernemer tot betaling of van de consument tot (bijv.) herstel of vervanging van de gebrekkige zaak. Daar komt nog bij dat bij vorderingen voor de gewone rechter hoger beroep (indien de vordering, of, bij een reconventionele vordering, de vorderingen tezamen € 1750 of meer belopen)³⁶ en cassatie mogelijk zijn. Bij het gerechtshof is de gemiddelde doorlooptijd opgelopen tot 72 weken; een procedure bij de civiele kamer van de Hoge Raad duurt zelfs 540 dagen.³⁷ Daar komt nog bij dat tussen eindvonnis en het uitbrengen van de dagvaarding in appel en eindarrest en het uitbrengen van de dagvaarding in cassatie ook enige tijd zal verstrijken. Wanneer een procedure tot aan de Hoge Raad wordt gevoerd, zal de zaak in de regel ten minste vier jaar duren.³⁸ Deze lange duur van zaken moge de kans op nauwkeurige en voorspelbare beslissingen vergroten,³⁹ zij vergroot ook aanmerkelijk de kans dat consumenten geheel afzien van een procedure, waardoor zij hun rechten en daarmee ook de wettelijke norm in het geheel niet handhaven.

De mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep of cassatie is duidelijk een vertragende factor bij de afwikkeling van een consumentengeschil. Uit de hierboven genoemde doorlooptijden blijkt echter dat ook de regels van het bewijsrecht leiden tot vertraging bij die afwikkeling.⁴⁰ Het feit dat (ook) de kantonrechter gebonden is aan de gewone regels van bewijsrecht betekent onder meer dat wanneer een

³³ Zo ook in meer algemene zin Asser 2009, p. 15.

³⁴ Zie Rechtspraak 2008, tabel 9a, p. 68.

³⁵ Zie Rechtspraak 2008, tabel 9a, p. 68.

³⁶ Zie art. 332 Rv.

³⁷ Zie voor de doorlooptijd bij het gerechtshof: Rechtspraak 2008, tabel 9a, p. 68; zie voor de doorlooptijd bij de Hoge Raad: Hoge Raad 2008, p. 161.

³⁸ Vgl. ook Bruinsma 2009, p. 2555, die berekende dat van de 9 door hem onderzochte (arbeidsrechtelijke) zaken die hebben geleid tot een arrest van de Hoge Raad, in het mediane geval de totale duur van de procedure van de inleidende dagvaarding tot het eindarrest 51 maanden, ofwel ruim 4 jaar heeft geduurd. Het mediane geval is, zoals Bruinsma 2009, p. 2555, noot 6, aangeeft, de middelste waarneming, welke (anders dan het gemiddelde van de negen zaken) ongevoelig is voor de extreme waarden van de langste of kortste procedure.

³⁹ Hetgeen vanuit rechtseconomische optiek van groot belang wordt geacht, vgl. Visscher 2009, p. 89-90.

⁴⁰ Asser 2009, p. 15.

partij getuigenbewijs van een stelling aanbiedt, de rechter gehouden is de partij daartoe in de gelegenheid te stellen indien dat aanbod ter zake dienend is – het betreft een feit dat nog niet vaststaat en dat relevant is voor de beslissing in het geschil – en niet te vaag is gesteld. Daarbij geldt in het bijzonder dat een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs niet mag worden gepasseerd op grond van een inschatting van de rechter of het bewijs zal kunnen worden geleverd. Indien er getuigenverhoor plaatsvindt, moet de wederpartij bovendien in de gelegenheid worden gesteld om een contra-enquête te houden.⁴¹ Vervolgens kunnen beide partijen nog een akte nemen om op de afgelegde getuigenverklaringen te reageren.⁴² Pas daarna kan de rechter vonnis wijzen – waarbij in sommige gevallen weer nieuwe bewijsopdrachten moeten worden verstrekt.⁴³ Bij deskundigenonderzoek in een procedure voor de rechter is bovendien, anders dan bij de meeste geschillencommissies, veelal geen sprake van een vast deskundigenbestand, zodat het vinden van een deskundige met de benodigde specifieke technische kennis de nodige tijd kan kosten.⁴⁴ In veel gevallen mogen partijen zich uitspreken over de aan te wijzen deskundige en de aan deze te stellen vragen, hetgeen verdere vertraging tot gevolg heeft. De te verwachten vertraging kan betekenen dat partijen noodgedwongen geen gebruik willen of kunnen maken van het deskundigenonderzoek als bewijsmiddel.⁴⁵ In veel gevallen zal daardoor het verlangde bewijs van door een partij gestelde feiten – bijvoorbeeld de vraag wie verantwoordelijk is voor een bepaald gebrek in een zaak – niet geleverd kunnen worden, zodat die partij de procedure verliest.

Bij deze bespreking van de duur van de procedure is buiten beschouwing gelaten wat er gebeurt indien de verliezende partij het oordeel van de rechter niet volgt – de consument betaalt het openstaande factuurbedrag nog steeds niet, of de ondernemer laat na de gebrekkige zaak te vervangen of te repareren of de gevorderde schadevergoeding te betalen. In dat geval zal de eiser die de procedure heeft gewonnen, executiemaatregelen moeten nemen. De noodzaak tot het afdwingen van de naleving van een veroordelend vonnis of arrest zal eveneens tijd vergen en vormt een afzonderlijke drempel voor de consument om zijn rechten te handhaven. Deze drempel zal in par. 3.6 worden besproken.

⁴¹ Zie Snijders/Ynzonides/Meijer 2002, nr. 221; Stein/Rueb 2007, p. 150-151.

⁴² Snijders/Ynzonides/Meijer 2002, nr. 226; Stein/Rueb 2007, p. 160.

⁴³ Stein/Rueb 2007, p. 160.

⁴⁴ Jacobs 1998, p. 166. Zie ook Dommering-Van Rongen 1986, p. 194.

⁴⁵ Asser 2009, p. 41-42.

3.5 Kosten procedure⁴⁶

Tot voor kort was er bij de evaluatie van het functioneren van gerechtelijke procedures maar weinig aandacht voor het verband met de hoogte van de kosten voor het voeren van een gerechtelijke procedure.⁴⁷ Die geringe belangstelling is, zeker voor de beoordeling van de toegang tot de rechter in consumentengeschillen, onterecht: de kosten voor het voeren van een gerechtelijke procedure vormen zonder enige twijfel de belangrijkste drempel om een consumentengeschil voor te leggen aan de rechter.⁴⁸ In veel gevallen heeft de claim van de consument maar een kleine geldelijke waarde, welke veelal niet opweegt tegen de kosten om het geschil aan een geschilbeslechter voor te leggen.⁴⁹ In dergelijke gevallen zal de consument uit ‘rationele apathie’ niet tot handhaving van zijn rechten overgaan.⁵⁰ Anders gezegd: hoe hoger de kosten zijn, hoe waarschijnlijker het is dat het afdwingen van consumentenrechten buiten het bereik is van consumenten, die gewoonlijk ook minder diepe zakken zullen hebben dan ondernemers.⁵¹ Wanneer een consument het zich uit kostenoverwegingen niet kan veroorloven om een vordering in te stellen of om zich te verweren tegen de vordering van een ander, wordt hem eenvoudigweg de toegang tot het recht onthouden.⁵² Tenzij alternatieve handhavingsmechanismen bestaan – bijvoorbeeld collectieve (groeps)acties of publieke handhaving – zal in een dergelijke situatie steeds sprake van ontoereikende handhaving van het consumentenrecht.⁵³

De kosten waar consumenten mee geconfronteerd worden in een procedure bij de burgerlijke rechter, zijn van verschillende aard: kosten om een geschil aan de rechter voor te leggen (griffierechten en kosten voor dagvaarding, par. 3.5.1), kosten voor rechtsbijstand (par. 3.5.2) en kosten voor het inschakelen van deskundigen en het houden van getuigenverhoren (par. 3.5.3). Een bijzonder probleem betreft de proceskostenveroordeling (par. 3.5.4). Deze problemen – en dan met name het probleem van de proceskostenveroordeling – blijken bovendien voor minder

⁴⁶ In deze paragraaf blijven de reiskosten van de consument naar de plaats waar de mondelinge behandeling van het geschil plaatsvindt, buiten beschouwing. Zie hierover Bauw/Hartendorp 2005, p. 2307, die deze kosten in 2005 schatten op € 1-12 in het geval van een procedure bij de kantonrechter en op € 1-90 in het geval de procedure plaatsvond bij een geschillencommissie, omdat geschillencommissies in de regel maar op één of op enkele plaatsen in het land zitting houden, terwijl er toen 60 locaties waren waar de kantonrechter zitting hield. Opmerking verdient dat in het rapport van de ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie uit 2006 wordt opgemerkt dat regelmatig wordt vernomen dat de reiskosten het belang van de zaak overstijgen, zie Ministerie van Justitie 2006, p. 20.

⁴⁷ Hodges e.a. 2009, p. 7.

⁴⁸ Zie ook Asser 2009, p. 23.

⁴⁹ Jacobs 1998, p. 26; De Jong/Snel 2000, p. 33; Hondius 2006a, p. 475. In het CCA-advies uit 2007 worden de minimale kosten voor een consument bij een procedure voor de kantonrechter geschat op € 230; de minimale kosten voor een procedure bij de geschillencommissie worden geschat op ongeveer € 115. In het CCA-advies wordt dit treffend omschreven met het oude spreekwoord ‘Wie procedeert om een koe, geeft er één op toe’, zie CCA-advies 2007, p. 24.

⁵⁰ Van Boom 2007, p. 987; Visscher 2009, p. 72-73.

⁵¹ Zie in meer algemene zin ook Musger 2005, p. 81.

⁵² Hodges e.a. 2009, p. 10, 32; Asser 2009, p. 23.

⁵³ Vgl. ook Visscher 2009, p. 70, 72.

daadkrachtige consumenten ook onvoldoende te kunnen worden ondervangen door de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand (par. 3.5.5). De kosten met betrekking tot het executeren van een toewijzend vonnis of arrest zullen tegelijk met de executie van een dergelijk vonnis of arrest worden besproken in par. 3.6.

3.5.1 KOSTEN BIJ AANVANG VAN DE PROCEDURE

Al direct bij het aanhangig maken van de vordering wordt de eisende partij – of dat nu een consument of een ondernemer is – geconfronteerd met het moeten maken van kosten. Zowel voor een procedure bij de kantonrechter als bij een bij de sector civiel van de rechtbank in te stellen vordering moet de eisende partij griffierechten en de kosten voor het uitbrengen van een dagvaarding betalen. Deurwaarders zijn in beginsel vrij om de hoogte van de kosten voor het uitbrengen van een dagvaarding te bepalen,⁵⁴ maar het lijkt aannemelijk dat zij daarbij aansluiting zullen zoeken bij het bedrag dat de eiser bij winst in de procedure kan verhalen op de gedaagde door middel van een proceskostenveroordeling. Als die veronderstelling juist zou zijn, zullen de kosten voor het uitbrengen van een dagvaarding per 1 januari 2009 neerkomen op een bedrag van € 72,25.⁵⁵

De hoogte van de griffierechten varieert naar gelang de hoogte of de aard van de vordering. Voor een bij de kantonrechter ingediende vordering tot betaling van een geldsom van niet meer dan € 90 bedraagt het griffierecht vanaf 1 januari 2009 € 63; indien het gevorderde bedrag tussen de € 90 en € 453 ligt, geldt een griffierecht van € 90; bij hogere geldbedragen geldt een hoger griffierecht.⁵⁶ Wanneer de vordering een andere strekking heeft – zoals de vordering van een consument tot herstel of vervanging van een non-conforme zaak – bedraagt het griffierecht € 110.⁵⁷ Vertegenwoordigt de vordering een geldelijke waarde van meer dan € 5000, dan is niet de kantonrechter, maar de sector civiel van de rechtbank bevoegd om kennis te nemen van de vordering.⁵⁸ Voor een dergelijke vordering gelden hogere griffierechten.⁵⁹

Zoals eerder opgemerkt, is de consument bij een procedure voor de gewone rechter veelal niet de eiser, maar de gedaagde. Als dat het geval is, behoeft hij geen dagvaarding uit te brengen, zodat hij ook de kosten daarvoor niet behoeft te maken.

⁵⁴ Zie Van der Aa/Sluiter 2009, p. 2477. Zie ook het kabinetstandpunt op het rapport Aanbevelingen van de Commissie evaluatie Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, p. 9-10, te vinden op <http://www.overheid.nl> (laatstelijk gecontroleerd op 17 november 2009).

⁵⁵ Zie Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders van 4 juli 2001, *Stb.* 2001, 325, zoals laatstelijk gewijzigd bij de Regeling wijziging tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders 2009 van 25 november 2008, *Stcrt.* 2008, 246.

⁵⁶ Zie art. 2 lid 2 onder 1^o sub c-e Wet tarieven in burgerlijke zaken.

⁵⁷ Zie art. 2 lid 2 onder 1^o sub b en f Wet tarieven in burgerlijke zaken, zoals laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 28 januari 2009, *Stb.* 2009, 25.

⁵⁸ Zie art. 93 Rv.

⁵⁹ In dat geval bedraagt het griffierecht ten minste € 313 indien de vordering strekt tot betaling van een geldsom en € 262 indien de vordering een andere strekking heeft, zie art. 2 lid 2 onder 2^o sub c-d en g Wet tarieven in burgerlijke zaken.

Wel moet hij bij een procedure voor de sector civiel van de rechtbank griffierecht betalen indien hij verweer voert tegen de vordering van de onderneming, maar deze verplichting geldt niet in een kantonprocedure.⁶⁰ Bovendien behoeft noch bij de kantonrechter, noch bij de sector civiel van de rechtbank griffiegeld te worden betaald voor een vordering in reconventie.⁶¹ Dat maakt dat het in geschillen waarin de ondernemer nog niet (volledig) is betaald – zoals vrijwel steeds het geval zal zijn bij leverantiecontracten en abonnementen – voor de consument aantrekkelijk kan lijken om te wachten tot hij zelf gedagvaard wordt tot betaling om dan verweer te voeren en zelf de eigen vordering in reconventie in te stellen. Dat is echter maar schijn, omdat de proceskostenveroordeling met zich brengt dat de ondernemer onder meer de kosten van dagvaarding en de griffierechten kan verhalen op de consument indien zijn vordering wordt toegewezen en de reconventionele vordering wordt afgewezen, terwijl in het geval de consument de procedure zou hebben gewonnen, hij deze kosten op zijn beurt zou kunnen verhalen op de onderneming.

3.5.2 KOSTEN VOOR RECHTSBIJSTAND

Voor de procedure bij de sector civiel van de rechtbank is procesvertegenwoordiging voor beide partijen verplicht – voor zover althans de gedaagde geen verstek laat gaan (in welk geval de vordering normaal gesproken uiteraard wordt toegewezen). De kosten hiervoor zullen door de partij die ze maakt, moeten worden voorgeschooten. Klaassen gaf in haar nationale rapport voor het recente Europese onderzoek van Hodges, Vogenauer en Tulibacka aan dat de uurtarieven in Nederland variëren van € 75-700.⁶² Daarbij dient te worden bedacht dat zelfs voor de eenvoudigste procedure de intake en de procesvoorbereiding al snel enkele uren zal kosten, wat betekent dat het uurtarief vermoedelijk met een factor 3 of 4 zal moeten worden vermenigvuldigd om een goed beeld te geven van de kosten voor rechtsbijstand. Indicatief is ook het onderzoek van Van der Torre uit 2005. Hij schatte de hoogte van deze kosten op € 979 tot € 1400 per commercieel werkende advocaat voor een gewone zaak, waarbij niet meer dan 6,6 uur aan de zaak besteed zou zijn.⁶³ Het is hoe dan ook duidelijk dat het voor partijen moeilijk te voorspellen is hoe hoog de kosten voor rechtsbijstand zullen zijn – laat staan hoe hoog de kosten zullen zijn die de wederpartij maakt voor rechtsbijstand.⁶⁴ Voor een gewone consumentenzaak zullen de kosten voor rechtsbijstand al snel niet in verhouding staan tot het financiële belang van de consument of ondernemer bij zijn vordering. De hoogte van de kosten voor rechtsbijstand zouden daarmee feitelijk de consument – en in veel gevallen ook de ondernemer – de mogelijkheid ontnemen om een

⁶⁰ Art. 2 lid 1 Wet tarieven in burgerlijke zaken.

⁶¹ Zie art. 3 lid 2 Wet tarieven burgerlijke zaken, waarover M. Ynzonides en M. Koedoot, aantekening 1 bij art. 136 Rv, in: *T&C Rechtsvordering*.

⁶² Hodges e.a. 2009, p. 55 (Bijlage III).

⁶³ Van der Torre 2005, p. 55.

⁶⁴ Hodges e.a. 2009, p. 17.

vordering in te stellen tegen de wederpartij.⁶⁵ Een uitzondering geldt eigenlijk alleen voor die consumenten die een rechtsbijstandsverzekering hebben afgesloten en voor zover de te voeren procedure binnen de dekking van die verzekering valt.⁶⁶

Bij een procedure voor de kantonrechter is procesvertegenwoordiging niet verplicht, zodat de kosten voor het inschakelen van een advocaat voorkomen kunnen worden. In de praktijk worden partijen echter ook in een kantonprocedure veelal bijgestaan. Voor de eisende partij – zoals gezegd zijn dat in de meeste consumentenzaken ondernemers – is dat in bijna alle procedures het geval, maar ook gedaagden (veelal consumenten) – worden in gemiddeld de helft van de zaken door iemand bijgestaan, waarbij geldt dat hoe hoger het financiële belang is, hoe vaker de gedaagde bijgestaan wordt. In de meeste gevallen vindt de bijstand echter niet plaats door een advocaat, maar door een gerechtsdeurwaarder of een andere rechtshulpverlener.⁶⁷ Aannemelijk lijkt dat deze rechtsbijstandverleners in ieder geval *lagere* tarieven zullen hanteren dan het door advocaten gehanteerde uurtarief van € 170 dat volgens Van der Torre in 2005 gebruikelijk was.⁶⁸

Dat ook in gevallen waarin procesvertegenwoordiging niet verplicht is, veelal wel rechtsbijstand wordt gezocht, is in ieder geval mede het gevolg van het formele karakter van de procedure bij de rechter,⁶⁹ welk karakter zich al bij aanvang van de procedure laat gevoelen. Zo dient de dagvaarding aan inhoudelijke voorwaarden te voldoen en moet deze tevens de gronden voor de vordering en de mogelijk al buitengerechtelijk gevoerde verweren vermelden, en moet zij aangeven hoe de eiser bij betwisting van de vordering het bewijs wil leveren en welke getuigen hij eventueel zou willen laten horen.⁷⁰ Fouten zijn in de regel herstelbaar, maar dat herstel vergt in veel gevallen het uitbrengen van een nieuw exploit met de daarbij behorende extra kosten.⁷¹ Een en ander brengt mee dat een eiser veelal ook voor het schrijven van de dagvaarding rechtsbijstand nodig zal hebben. Ook deze kosten zal de eiser in beginsel moeten voorschieten. De daaraan verbonden kosten staan echter vaak niet in verhouding tot het financiële belang van de consument. Dit kan consumenten ervan weerhouden om met name kleine geschillen aan de rechter voor te leggen.⁷²

⁶⁵ Zie in meer algemene zin ook Asser 2009, p. 16-17.

⁶⁶ Ook voor ondernemers die een rechtsbijstandsverzekering hebben afgesloten en aanspraak kunnen maken op rechtsbijstand van de verzekeraar, of die een eigen juridische afdeling hebben, zullen de kosten voor rechtsbijstand niet (steeds) prohibitief werken ten aanzien van de inning van een vordering op de consument of het voeren van verweer tegen een vordering van de (wel van rechtsbijstand voorziene) consument.

⁶⁷ Geschilbeslechtingdelta 2003, p. 25-26. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld rechtsbijstandsverzekeraars, vakbonden, consumentenorganisaties en rechts- en wetswinkels, maar ook aan familie en bekenden. Jongbloed 2009, p. 248, stelt dat bij consumentenzaken in de praktijk veelal bijstand wordt verleend door rechtsbijstandsverzekeraars.

⁶⁸ Van der Torre 2005, p. 55.

⁶⁹ Vgl. ook Jongbloed 2009, p. 247; Asser 2009, p. 16.

⁷⁰ Vgl. Jongbloed 2006, p. 429.

⁷¹ Vgl. Jongbloed 2006, p. 447.

⁷² Jacobs 1998, p. 161-162.

Wanneer een consument als *gedaagde* in een procedure dreigt te worden betrokken en hij nog voordat een dagvaarding is uitgebracht rechtsbijstand inschakelt om zich te verweren, zijn de kosten die daaraan verbonden zijn in beginsel voor hem. Dat geldt wanneer het uiteindelijk niet tot een procedure komt omdat de ondernemer zijn vordering laat vallen, maar ook wanneer het wel tot een procedure komt en de consument in het gelijk wordt gesteld, aldus de Hoge Raad in zijn arrest *Vaston/Smith* uit 1997.⁷³ Asser stelt in zijn conclusie voor het arrest dat de belangen van partijen in balans blijven, omdat wij allemaal zowel eiser als gedaagde kunnen zijn. Van een balans is hier mijns inziens echter geen sprake: waarom zouden de buitengerechtelijke kosten van de eisende partij bij winst op de voet van art. 6:96 lid 2 BW in beginsel wel voor vergoeding in aanmerking komen, terwijl de preprocesuele kosten van de gedaagde niet voor vergoeding in aanmerking zouden behoren te komen? Zoals Van Schaick schrijft, ligt het in de rede dat ook de eisende partij de schade dient te vergoeden die zijn handelen heeft veroorzaakt als achteraf blijkt dat hij geen vordering tegenover zijn wederpartij kon doen gelden.⁷⁴ Daar komt nog bij dat in de praktijk de kans dat ‘wij’ zowel als eiser en als gedaagde op kunnen treden, in zijn algemeenheid misschien wel juist kan zijn, maar dat dit op het gebied van het consumentenrecht geheel anders is. Zoals in hoofdstuk 2 uiteen is gezet, zijn in consumentenzaken bij de gewone rechter in het leeuwendeel van de zaken ondernemers de eiser en consumenten de gedaagde. De kans dat een consument als eiser optreedt in een civiele procedure bij de burgerlijke rechter is buitengewoon klein, omdat de omvang van zijn vordering, het bewijsrisico en het daarmee verbonden risico van een proceskostenveroordeling daarvoor simpelweg te groot is. In werkelijkheid slaat de balans op dit punt door ten gunste van ondernemers.

3.5.3 KOSTEN DESKUNDIGENONDERZOEK EN GETUIGENVERHOREN

Voor beide sectoren van de rechtbank geldt dat wanneer deskundigenonderzoek nodig is – bijvoorbeeld om vast te stellen of de zaak al bij aflevering niet aan de overeenkomst beantwoordde – de rechter verplicht is te bepalen dat een of beide partijen gehouden is of zijn om een voorschot ter zake van de kosten van het onderzoek te deponeren ter griffie.⁷⁵ Uitgangspunt daarbij is dat het voorschot moet worden betaald door de eisende partij, maar de rechter kan hiervan afwijken, met name wanneer feiten moeten worden vastgesteld waarvan de gedaagde de bewijslast draagt.⁷⁶ Indien de als eiser optredende consument bijvoorbeeld stelt dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst voldoet, zal hij de kosten van het deskundigenonderzoek moeten voorschieten waarin dit zou moeten worden vastgesteld. Als het gebrek zich binnen 6 maanden na aflevering zou hebben gemanifesteerd,

⁷³ Zie HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651 (*Vaston/Smith*).

⁷⁴ Van Schaick 2000, p. 314.

⁷⁵ Zie art. 195 Rv.

⁷⁶ D.J. Beenders, aantekening 2 bij art. 196 Rv, in: *T&C Rechtsvordering*.

zou de als gedaagde optredende verkoper op de voet van art. 7:18 lid 2 BW moeten bewijzen dat de zaak op het moment van aflevering wel deugdelijk is. In het deskundigenonderzoek dienen veelal beide vragen te worden beantwoord. In een dergelijk geval zou de rechter partijen kunnen verplichten ieder de helft van de begrote kosten voor te schieten.

Iemand die opgeroepen is op te treden als getuige, is verplicht aan die oproep gehoor te geven en een verklaring af te leggen.⁷⁷ De getuige heeft echter wel recht op schadeloosstelling, bestaande uit een vergoeding voor gemaakte reis- en verblijfskosten en gederfde inkomsten. Indien hij schadeloosstelling vordert, begroot de rechter de kosten hiervan.⁷⁸ Deze kosten worden voldaan door de partij die de getuige heeft doen oproepen.⁷⁸

3.5.4 PROCESKOSTENVEROORDELING

Bij het verlies van de procedure kan de consument die als eiser is opgetreden, uiteraard het griffierecht, de kosten voor het uitbrengen van de dagvaarding en de kosten voor de ingeschakelde deskundige en de door hem opgeroepen getuigen niet verhalen op de onderneming. Hij zal bovendien – of hij nu eiser dan wel gedaagde was – worden veroordeeld tot vergoeding van de proceskosten van de onderneming, aangezien uitgangspunt bij een dagvaardingsprocedure is dat de in het ongelijk gestelde partij niet alleen zijn eigen kosten draagt, maar tevens wordt veroordeeld tot vergoeding van de kosten van de wederpartij.⁷⁹ De grondslag hiervan wordt gezocht in overwegingen van procesrisico en procesbeleid.⁸⁰ Dat betekent dat hij ook de kosten die de ondernemer heeft gemaakt ter zake van rechtsbijstand, zal moeten vergoeden, zij het dat normaal gesproken niet de werkelijke kosten behoeven te worden vergoed; in plaats daarvan wordt in de regel een vergoeding overeenkomstig het liquidatietarief vastgesteld.⁸¹ Dat voorkomt dat buitensporige advocatenkosten worden gemaakt, maar het te betalen bedrag kan desalniettemin aardig in de papieren lopen wanneer de procedure niet snel tot een einde kan worden gebracht. Zo zullen in een kantonzaak met een financiële waarde van € 150 met een conclusie van antwoord, een comparitie, een getuigenverhoor aan de zijde van de consument, een contra-enquête aan de zijde van de ondernemer en een conclusie na enquête door de ondernemer de geliquideerde kosten € 90 bedragen. Bedraagt de waarde van de vordering € 300, dan is het bedrag al gestegen tot € 240, terwijl bij een waarde van € 600 de vergoeding voor dezelfde

⁷⁷ Vgl. art. 165 en 173 Rv.

⁷⁸ Art. 182 Rv, waarover C.J.J.C. van Nispen, aantekening 1 bij art. 182 Rv, in: *T&C Rechtsvordering*.

⁷⁹ Zie art. 237 lid 1 Rv.

⁸⁰ Snijders/Ynzonides/Meijer 2002, nr. 117.

⁸¹ Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1141.

werkzaamheden is opgelopen tot € 400.⁸² Bij een procedure bij de sector civiel zal, wanneer de procedure een financieel belang van € 10.000 niet te boven gaat,⁸³ de vergoeding zelfs zijn opgelopen tot een bedrag van € 1536.⁸⁴

Wanneer de consument de procedure heeft gewonnen, kan hij zijn kosten verhalen op de onderneming. Ook hierbij geldt echter dat slechts de kosten conform het liquidatietarief worden vergoed; eventueel hogere kosten dient de consument dus zelf te dragen. In de praktijk betekent dit dat zelfs als de consument geheel in het gelijk wordt gesteld, hij vrijwel altijd een deel van de kosten zelf zal moeten dragen.⁸⁵ Dat zal slechts anders zijn indien de rechter tot het oordeel komt dat de ondernemer nodeloos proceskosten heeft veroorzaakt bij de consument,⁸⁶ bijvoorbeeld omdat hij zich heeft verzet tegen een vordering waar hij zich in redelijkheid niet tegen had kunnen verzetten, of hij anderszins misbruik van procesrecht heeft gemaakt.⁸⁷ Aan die eis zal echter niet snel zijn voldaan.

Het risico in de proceskosten te worden veroordeeld, hangt als een donkere schaduw boven de procedure.⁸⁸ Dat raakt natuurlijk beide partijen, maar kan vooral voor consumenten – die niet de mogelijkheid hebben om het risico te spreiden over meerdere procedures of de kosten om te slaan over het geheel van wederpartijen – reden zijn om geen vordering in te stellen, geen verweer te voeren of na te laten te trachten om van bepaalde stellingen bewijs te leveren. Hondius merkt in dit verband dan ook terecht op dat het risico van de proceskostenveroordeling er veelal aan in de weg staat dat consumenten hun vordering in rechte geldend maken.⁸⁹ Daarbij moet worden bedacht dat de afloop van een procedure niet steeds goed te voorspellen is. Zo draagt de consument die stelt dat de geleverde en kapot gegane koelkast niet aan de overeenkomst beantwoordde, het risico dat ook na het onderzoek van een deskundige onduidelijk blijft of de kapot gegane koelkast al ten tijde van de aflevering een verborgen gebrek kende en derhalve niet aan de

82 Bij een vordering van € 150 heeft de ondernemer recht op vergoeding van 3 punten à € 30, bij een vordering van € 300 op vergoeding van 4 punten à € 60 en bij een vordering van € 600 op vergoeding van 4 punten à € 100. Vgl. het overzicht op <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Liquidatietarieven+rechtbank+sector+kanton.htm> (laatstelijk gecontroleerd op 3 augustus 2009).

83 Hieronder zullen vrijwel alle consumentenzaken bij de sector civiel van de rechtbank vallen, met uitzondering van de koop of bouw van woningen en eventueel de koop van paarden.

84 In dit geval heeft de ondernemer recht op vergoeding van 4 punten à € 384. Vgl. het overzicht op <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civil+recht/Liquidatietarief+rechtbanken+en+gerechtshoven.htm> (laatstelijk gecontroleerd op 3 augustus 2009).

85 Zo Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 125; vgl. ook Jacobs 1998, p. 27; Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1141.

86 Vgl. art. 237 Rv.

87 Vgl. Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1145.

88 Vgl. Jacobs 1998, p. 27.

89 Hondius 2006b, p. 197. Het probleem geldt overigens ook voor sommige andere typen geschillen. Zo heeft de invoering van Richtlijn 2004/48/EC, *PbEG* 2004, L 157/32, L 195/16 over de handhaving van intellectuele eigendomsrechten in Nederland ertoe geleid dat in dergelijke geschillen thans de verliezer de volledige kosten dient te vergoeden van de winnaar. Deze regel heeft ertoe geleid dat het aantal handhavingszaken in Nederland niet is toegenomen (zoals de richtlijn beoogt), maar juist is *afgenomen*, zie Hodges e.a. 2009, p. 21.

overeenkomst beantwoordde.⁹⁰ In dat geval wordt de koelkast niet gerepareerd of vervangen en zal hij alsnog de kosten voor vervanging of reparatie zelf moeten dragen, kan hij bovendien de gemaakte proceskosten niet verhalen op de leverancier van de koelkast en dient hij tot overmaat van ramp de proceskosten van de leverancier te vergoeden. Als de wetgever de individuele handhaving van consumentenrechten zou willen bevorderen, dan verdient het aanbeveling om hetzij een stelsel van eenzijdige proceskostenveroordeling in te voeren, op grond waarvan consumenten wel, maar hun professionele wederpartij niet gerechtigd is om bij winst van de procedure in het bijzonder de kosten van rechtsbijstand te verhalen op de wederpartij, hetzij de proceskostenveroordeling niet van toepassing te laten zijn in procedures over geringe vorderingen.⁹¹

3.5.5 KOSTEN IN GEVAL VAN GEFINANCIERDE RECHTSBIJSTAND

Uitgangspunt is dat iedere partij haar eigen proceskosten betaalt.⁹² Voor financieel minder daadkrachtige consumenten wegen deze kosten uiteraard zwaarder dan voor kapitaalkrachtigere consumenten en voor (de meeste) ondernemers. Daardoor bestaat het risico dat dergelijke consumenten louter en alleen uit financiële overwegingen afstand moeten doen van de handhaving van hun rechten. Een dergelijke gang van zaken brengt uiteraard de toegang tot de rechter in gevaar.⁹³ De Wet op de rechtsbijstand strekt ertoe deze toegang te waarborgen. Op grond van deze wet kunnen financieel minder draagkrachtige consumenten onder omstandigheden in aanmerking komen voor gefinancierde rechtsbijstand. Dat was, kort en sterk vereenvoudigd samengevat, in 2009 het geval indien de consument alleenstaande is en een verzamelinkomen heeft dat over 2007 niet meer heeft bedragen dan € 23.800⁹⁴ en hij geen vermogen heeft dat hoger is dan het heffingsvrije vermogen van € 20.661.⁹⁵ Voor consumenten die met één of meer andere personen een gemeenschappelijke huishouding voeren, gelden andere plafonds voor het kunnen verkrijgen van een toevoeging.⁹⁶ Voor de duidelijkheid: het brutominimumloon voor 2009 werd door het Centraal Planbureau geraamd op € 18.000, terwijl het brutomodaal inkomen over 2009 werd geraamd op € 33.500.⁹⁷ Dat betekent dat alleen consumenten die slechts iets meer dan het brutominimumloon verdienen

90 Vgl. art. 7:10 lid 1 BW en HR 2 april 1999, NJ 1999, 585 (*Van den Broek/Van Dael*). Zie ook Jacobs 1998, p. 26.

91 De Verenigde Staten en Engeland bieden elk een voorbeeld van een dergelijke regel, zie Hodges e.a. 2009, p. 23.

92 Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 128.

93 Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 128.

94 Het verzamelinkomen is, eenvoudig gezegd, het bruto-inkomen met, indien van toepassing, daarvan afgetrokken de rentekosten voor een hypothecaire lening voor de eigen woning.

95 Zie art. 34 en 34a Wet op de rechtsbijstand, zoals laatstelijk gewijzigd bij Wet van 29 december 2008, *Stb.* 2009, 4, en art. 2 lid 1 Besluit eigen bijdrage rechtsbijstand van 4 februari 2009, *Stb.* 2009, 46, zoals laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 4 mei 2009, *Stb.* 2009, 205.

96 Zie art. 34 Wet op de rechtsbijstand.

97 Centraal Planbureau 2009, Tabel 4.6, p. 101, en Bijlage 13, p. 180-181, te downloaden via <http://www.cpb.nl/nl/pub/cepmev/cep/> (laatstelijk gecontroleerd op 5 augustus 2009).

en ook weinig eigen vermogen hebben, in aanmerking komen voor gefinancierde rechtsbijstand. Voor iedere consument die gebruik maakt van gefinancierde rechtsbijstand geldt bovendien dat hij een eigen bijdrage dient te betalen, de hoogte waarvan afhankelijk is van het inkomen en vermogen van de consument. De minimale eigen bijdrage voor een alleenstaande bedroeg op 1 januari 2009 € 98, de maximale eigen bijdrage € 732.⁹⁸ Er staan overigens ingrijpende bezuinigingen op stapel, waardoor de omvang van de gefinancierde rechtsbijstand de komende jaren vermoedelijk sterk ingeperkt zal worden.⁹⁹

Voor consumentenzaken geldt echter dat het financiële belang dat verbonden is aan de vordering van de consument veelal te gering is om in aanmerking te kunnen komen voor een toevoeging, aangezien dat recht slechts bestaat indien het op geld waardeerbaar belang van de vordering van de consument ten minste € 180 bedraagt.¹⁰⁰ Wél kan de consument in dergelijke gevallen worden vrijgesteld van een groot deel van het griffierecht,¹⁰¹ terwijl een dergelijke consument geen voorschot behoeft te betalen voor de kosten van een ingeschakelde deskundige.¹⁰² De kosten voor het uitbrengen van de dagvaarding indien de consument als eiser optreedt, blijven echter onverminderd verschuldigd.

Het meest problematisch voor consumenten die wel in aanmerking komen voor gefinancierde rechtsbijstand, is echter dat wanneer zij in het ongelijk worden gesteld, onverkort geldt dat zij dan in de proceskosten kunnen worden veroordeeld: on- en minvermogende consumenten worden dus alleen vrijgesteld van het grootste deel van de aan *eigen* zijde gemaakte kosten, maar dienen in beginsel de proceskosten van hun wederpartij te vergoeden.¹⁰³ Dat betekent dat het *risico* van een hoge proceskostenveroordeling door de Wet op de rechtsbijstand niet wordt weggenomen. Daarmee blijft de kans groot dat een consument nalaat om zijn rechten te handhaven uit vrees om bij eventueel verlies te worden geconfronteerd met hoge kosten. Dat klemmt te meer nu de hiermee verbonden kosten juist voor deze categorie consumenten zwaar zullen wegen. De Wet op de rechtsbijstand schiet in dit opzicht naar mijn mening dan ook tekort ten opzichte van de doeleinden die ermee gediend worden – het open houden van de toegang tot de rechter voor on- en minvermogenden. Deze situatie zal gezien de aangekondigde bezuinigingen op de gefinancierde rechtsbijstand de komende jaren eerder verslechteren

⁹⁸ Voor consumenten die met één of meer andere personen een gemeenschappelijke huishouding voeren, gelden weer andere hoogtes voor de eigen bijdrage, zie art. 35 Wet op de rechtsbijstand en art. 2 lid 2 Besluit eigen bijdrage rechtsbijstand.

⁹⁹ Vgl. hierover kritisch Bannier/Prakken/Verkijk 2008.

¹⁰⁰ Zie art. 12 lid 2 onder b van de Wet op de rechtsbijstand en art. 4 Besluit van 11 januari 1994 tot vaststelling van het Besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria, zoals laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 2 februari 2009, *Stb.* 2009, 45.

¹⁰¹ In de meeste gevallen wordt het griffierecht dan verminderd met 75%, zie art. 18 lid 1 van de Wet tarieven in burgerlijke zaken.

¹⁰² Zie art. 195 Rv.

¹⁰³ Jacobs 1998, p. 162-163; Snijders e.a. 2002, nr. 123; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 129; Stein/Rueb 2007, p. 204; Van der Aa/Sluijter 2009, p. 2478.

dan verbeteren. Reeds nu is geen gefinancierde rechtsbijstand mogelijk indien een geschil wordt voorgelegd aan een geschillencommissie. In het kader van de aangekondigde bezuinigingen overweegt de regering om wanneer op een bepaald terrein een geschillencommissie bestaat, een hogere eigen bijdrage te verlangen indien een burger ervoor kiest om een geschil ‘direct aan de rechter voor te leggen zonder eerst de zaak bij de geschillencommissie aanhangig te maken’ en hij voor de procedure bij de burgerlijke rechter een beroep op het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand doet.¹⁰⁴ In een dergelijke situatie wordt de consument de mogelijkheid om het geschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen, feitelijk vrijwel ontnomen, nu het bindend advies van de geschillencommissie alleen marginaal getoetst kan worden door de burgerlijke rechter. In de literatuur is op dit punt terecht aangevoerd dat een dergelijke handelwijze op gespannen voet met art. 6 EVRM staat en rechtsstatelijk onaanvaardbaar is.¹⁰⁵

3.6 Nakoming van toewijzende vonnissen of arresten

Indien de vordering van de consument is toegewezen bij in kracht van gewijsde gegaan (of bij voorraad uitvoerbaar verklaard) vonnis of arrest, kan de consument verlangen dat de ondernemer aan het vonnis of arrest voldoet. Uit onderzoek van het WODC uit 2009 blijkt dat uitspraken van rechters – in ieder geval bij vonnissen die door de sector civiel zijn gewezen – in de meeste gevallen worden nagekomen: drie jaar na afronding van de procedure blijkt dat 74% van de op tegenspraak gewezen vonnissen volledig te zijn nagekomen; bij verstekzaken ligt dat percentage op slechts 31%, terwijl het vonnis in 42% van de verstekzaken (tegen 10% van de op tegenspraak gewezen vonnissen) zelfs in het geheel niet is nageleefd.¹⁰⁶ In de meeste gevallen slaagt de schuldeiser er echter in om zijn vordering te innen. Uit datzelfde onderzoek blijkt ook dat wanneer een particulier heeft geprocedeerd tegen een bedrijf en de particulier de procedure heeft gewonnen, het bedrijf in 81% van de gevallen zijn verplichtingen volledig is nagekomen, terwijl in 8% van de gevallen de verplichtingen in ieder geval ten dele zijn nageleefd. Dat betekent dat wanneer een consument een veroordelend vonnis verkrijgt, er in ieder geval een goede kans op nakoming bestaat, maar dat er desalniettemin nog een flink aantal gevallen¹⁰⁷ (11%) is waarin de ondernemer het vonnis in het geheel niet nakomt.

¹⁰⁴ Bijl. Handelingen II 2008/09, 31 753, nr. 1, p. 16.

¹⁰⁵ Bannier/Prakken/Verkijk 2008, in het bijzonder p. 2681, 2684.

¹⁰⁶ Eshuis 2009, p. 113. De percentages zijn gunstiger voor tijdens de procedure bereikte schikkingen: 85% van de schikkingen zijn na drie jaar geheel nagekomen, terwijl slechts 5% van de schikkingen in het geheel niet zijn nagekomen. Eshuis merkt echter op dat daarmee nog niet vaststaat dat het verschil met de naleving op tegenspraak gewezen uitspraken significant is, aangezien het verschil ook verklaard kan worden door een selectie-effect, bijvoorbeeld omdat de schikking pas geformaliseerd wordt als de partij die tot betaling dient over te gaan, die verplichting al is nagekomen; Eshuis 2009, p. 9, 117.

¹⁰⁷ Eshuis 2009, p. 101-102.

Naleving van een vonnis kan ‘vrijwillig’ of door gebruikmaking van een dwangmiddel afgedwongen zijn. Bij vrijwillige naleving van de verplichtingen uit het vonnis zijn aan de executie van de beslissing van de rechter geen afzonderlijke kosten verbonden. Dat is anders wanneer de ondernemer niet ‘vrijwillig’ meewerkt aan de uitvoering van de beslissing van de rechter: in dat geval zal hij een deurwaarder moeten inschakelen om de nakoming van het vonnis of arrest af te dwingen.¹⁰⁸ Daarvoor geldt in de eerste plaats dat de consument het vonnis of arrest door een deurwaarder moet laten betekenen overeenkomstig het bepaalde in art. 430 lid 3 Rv.¹⁰⁹

Het afdwingen van een veroordelend vonnis of arrest tot betaling van een geldsom – bijvoorbeeld tot terugbetaling van de koopprijs bij een tijdens de bedenktijd ontbonden koop op afstand of bij een wegens non-conformiteit ontbonden koopovereenkomst – is op zichzelf betrekkelijk eenvoudig, verondersteld dat de consument de weg naar de deurwaarder (weer) weet te vinden (en de ondernemer verhaal biedt). Omdat (de grosse van) een vonnis of arrest volgens art. 430 Rv een executoriale titel oplevert, kan het vonnis of arrest in beginsel direct na betekening worden geëxecuteerd door een deurwaarder executoriaal beslag te laten leggen.¹¹⁰ Daarbij behoeft de eiser geen termijn voor de nakoming van het vonnis af te wachten. De kosten voor het betekenen van het vonnis of arrest, evenals de kosten voor het leggen van executoriaal beslag en de kosten voor eventuele executoriale verkoop van de beslagen goederen dienen op grond van de proceskostenveroordeling te worden gedragen door de in het ongelijk gestelde ondernemer. De consument wordt in dat geval voldaan uit de opbrengsten van de executoriale verkoop.¹¹¹ Onduidelijk is overigens of ook in gevallen waarin de consument als eiser is opgetreden, conservatoir beslag een gebruikelijke handelwijze is; uit onderzoek van het WODC blijkt dat dit rechtsmiddel in de meeste gevallen (dus incl. de gevallen waarin ondernemers als eiser optreden, al dan niet tegen andere ondernemers) wordt ingezet.¹¹²

De consument heeft weinig aan executoriale verkoop wanneer het hem juist ging om de verrichting van een prestatie *anders* dan de betaling van een geldsom wenst. Hierbij valt te denken aan de vordering tot aflevering van de verkochte zaak (vgl. art. 7:9 lid 2 BW) of de vordering tot afgifte van de gerepareerde of vervangende

¹⁰⁸ Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 225.

¹⁰⁹ Zie ook art. 2 lid 1 onder a Gerechtsdeurwaarderswet.

¹¹⁰ Jongbloed 2006, p. 433.

¹¹¹ Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 238. De deurwaarder is ook hier in beginsel vrij om te bepalen welke kosten hij voor het betekenen van het vonnis of arrest in rekening brengt, maar hij zal veelal aansluiting zoeken bij het tarief dat door middel van de proceskostenveroordeling kan worden verhaald op de ondernemer die de procedure verloren heeft. Dat betekent dat in de regel hiervoor een tarief van € 69,54 in rekening zal worden gebracht, zie Besluit van 4 juli 2001, houdende nadere regels inzake de ambtshandelingen van gerecht, *Stb.* 2001, 327, zoals laatstelijk gewijzigd bij Regeling van de Staatssecretaris van Justitie van 25 november, nr. 5574529/08, houdende wijziging van de tarieven van de ambtshandelingen van gerechtsdeurwaarders, *Stcrt.* 2008, 246. In deze zin ook Van der Aa/Sluiter 2009, p. 2478.

¹¹² Eshuis 2009, p. 115.

zaak. In een dergelijk geval dient – tenzij het vonnis of arrest bij voorraad uitvoerbaar is verklaard – de betekening van het vonnis of arrest gepaard te gaan met (of gevolgd te worden door) een bevel om binnen twee dagen aan de executoriale titel te voldoen.¹¹³ De executie van het vonnis geschiedt dan doordat de deurwaarder de zaak onder zich neemt en afgeeft aan de consument.¹¹⁴ Wanneer de consument de zaak nog onder zich had en zijn vordering ertoe strekte dat de ondernemer (de verkoper) de zaak zou moeten repareren, kan hij de verkoper overigens ook tot nakoming aanmanen en daarbij een redelijke termijn stellen voor het uitvoeren van het herstel. Komt de verkoper niet binnen deze termijn na, dan is de koper op de voet van art. 7:21 lid 6 BW gerechtigd om het herstel door een derde te laten verrichten en de kosten daarvan te verhalen op de verkoper. De vergoeding van deze kosten is dan weer een vordering tot betaling van een geldsom, waarvoor weer beslag kan worden gelegd onder de verkoper.

3.7 Problemen in internationale procedures

In Nederland woonachtige consumenten die gecontracteerd hebben met een buitenlandse ondernemer kunnen tegen grotere problemen oplopen.¹¹⁵ Wanneer een consument gedwongen is te procederen in een ander land dan waar hij gewoonlijk verblijft, zal hij veelal aanzienlijke reis- en verblijfskosten moeten maken om zijn vordering aanhangig te kunnen maken; bovendien zal de procedure veelal in een andere taal gevoerd moeten worden. In veel gevallen zal de consument die gedwongen is in het buitenland te procederen, zijn vordering niet te gelde zal maken.

Het risico dat de consument in het buitenland zal moeten procederen, bestaat ruwweg in drie verschillende situaties. In de eerste plaats kan de consument kan zelf naar het buitenland zijn gegaan, bijv. in het kader van een vakantie of zakenreis, en daar een overeenkomst hebben gesloten. In deze situatie zal de consument bij contractsluiting weten of moeten begrijpen dat bij problemen ten aanzien van de geleverde zaak of dienst hij mogelijk in het land waar de overeenkomst is gesloten, zal moeten procederen. Die wetenschap kan door de consument in de afweging of hij de overeenkomst wil aangaan, worden betrokken.

Dat is in veel mindere mate het geval wanneer niet de consument, maar de ondernemer de grens is overgestoken en zijn goederen of diensten in het land van de consument aanbiedt. In dergelijke gevallen behoeft de consument niet steeds te beseffen dat hij een ‘internationale’ overeenkomst heeft gesloten, met name niet wanneer de ondernemer goed Nederlands spreekt. Zoals zo dadelijk zal blijken, vormt deze categorie door de regels van het internationaal privaatrecht in de

¹¹³ Zie art. 491 lid 1 jo. 439 Rv.

¹¹⁴ Zie art. 491 lid 2 Rv.

¹¹⁵ In beginsel geldt *mutatis mutandis* hetzelfde voor buitenlandse consumenten die met een in Nederland gevestigde ondernemer hebben gecontracteerd.

praktijk geen probleem voor wat betreft de bevoegdheid van de rechter en de vaststelling van het toepasselijk recht.

Het meest problematisch is de derde categorie, die wordt gevormd door online gesloten overeenkomsten. In sommige gevallen moet het hier voor de consument duidelijk zijn dat hij een internationale overeenkomst sluit, met name indien hij een buitenlandse website bezoekt en daar in een andere taal een overeenkomst sluit. Minder duidelijk wordt het wanneer de consument wel een buitenlandse website bezoekt, maar op de site de mogelijkheid heeft om op een Nederlands vlaggetje te klikken en vervolgens in het Nederlands te bestellen. Bij een website met de extensie .com, .org of .eu is de 'nationaliteit' van de verkoper of dienstverlener veelal niet bekend bij de consument. In dit verband moet er op worden gewezen dat een verkoper of dienstverlener in beginsel niet gehouden is om de consument nog voor contractsluiting te informeren waar hij gevestigd is. Dat is slechts anders indien de verkoper de consument heeft verplicht tot (gedeeltelijke) vooruitbetaling.¹¹⁶

De vraag naar de internationale bevoegdheid van de rechter is in deze gevallen van groot belang voor een consument die zijn rechten wil handhaven. De internationale bevoegdheid wordt – voor zover de overeenkomst althans onder de werking ervan valt¹¹⁷ – bepaald aan de hand van de Brussel I-verordening.¹¹⁸ Beslissend is daarbij of de wederpartij van de consument commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in of (mede) richt op de lidstaat waar de consument woont en de met de consument gesloten overeenkomst valt onder die commerciële of beroepsactiviteiten,¹¹⁹ ongeacht of de consument het initiatief tot het sluiten van de overeenkomst neemt of de ondernemer dat doet.¹²⁰ Als van dergelijke commerciële of beroepsactiviteiten sprake is, kan de consument die als eiser optreedt, kiezen of de vordering voor de rechter van zijn woonplaats (hierna ook: de eigen rechter) wordt ingesteld of voor de rechter van de woonplaats van de wederpartij. De wederpartij kan een

116 Zie art. 7:46c lid 1 onder a BW en art. 4 lid 1 onder a Richtlijn Verkoop op afstand (Richtlijn 97/7/EG, *PbEG* 1997, L 144/19).

117 Met name het territoriale bereik van de Brussel I-verordening is buitengewoon gecompliceerd, zie hierover Vandekerckhove 2009.

118 Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1. De verordening wordt ook wel als de EEX-verordening aangeduid. Volgens art. 66 van de verordening is zij van toepassing op rechtsvorderingen die zijn ingesteld na 1 maart 2002. Afwijking van de uit art. 15-16 Brussel I-verordening voortvloeiende bevoegdheidsregeling is slechts mogelijk bij een overeenkomst die dateert van na het ontstaan van het geschil, bij een overeenkomst die ten gunste van de consument een additionele bevoegde rechter aanwijst, of bij een forumkeuzebeding waarmee de rechter van de gemeenschappelijke woon- of verblijfplaats bevoegd wordt verklaard, zie art. 17 Brussel I-verordening.

119 Zie art. 15 lid 1 Brussel I-verordening. Volgens lid 3 geldt het eerste lid niet indien sprake is van een vervoersovereenkomst die niet mede het verblijf van de consument inhoudt.

120 Daarmee is zeker gesteld dat een consument die online een overeenkomst sluit met een ondernemer die zich mede richt op het sluiten van overeenkomsten met in Nederland woonachtige consumenten, binnen het beschermingsbereik van art. 15 Brussel I-verordening valt, vgl. Kuypers 2008, p. 453; Van Haersolte-van Hof 2001, p. 246, die per abuis verwijst naar art. 5 lid 1 sub c in plaats van het door haar bedoelde art. 15 lid 1 sub c Brussel I-verordening.

consument alleen voor zijn eigen rechter dagen.¹²¹ In dergelijke gevallen is bovendien volgens art. 6 lid 1 van de Rome I-verordening¹²² het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, van toepassing op de overeenkomst tussen de consument en de ondernemer.¹²³ De bijzondere consumentenbepalingen van art. 15-17 Brussel I-verordening¹²⁴ gelden echter niet in alle gevallen. Een voor de praktijk belangrijke uitzondering betreft geschillen aangaande de eigendom, koop of huur van onroerende zaken: voor dergelijke geschillen is uitsluitend de rechter waar de onroerende zaak is gelegen, bevoegd, aldus art. 22 lid 1 Brussel I-verordening.¹²⁵ Voor timeshare-overeenkomsten hangt de bevoegdheid van de rechter af van het antwoord op de vraag of het economisch belang van de te leveren diensten (zoals het gebruik van een zwembad) van ondergeschikt belang is ten opzichte van de koopprijs: indien dat het geval is, geldt de exclusieve bevoegdheid van art. 22 Brussel I-verordening, overweegt de economische waarde van de diensten, dan zijn de consumentenbepalingen van toepassing.¹²⁶ In alle gevallen waarin voldaan is aan de eisen van art. 6 lid 1 Rome I-verordening zal een geschil over een timeshare-overeenkomst overigens worden beoordeeld naar het recht van de gewone verblijfplaats van de consument, zie art. 6 lid 4 onder c Rome I-verordening. Dat betekent dat wanneer het economische belang van de te leveren diensten wel ondergeschikt is aan de koopprijs, de buitenlandse rechter bevoegd is, maar deze het recht van de normale verblijfplaats van de consument zal moeten toepassen. Het zal duidelijk zijn dat de kosten van de procedure in deze situatie hoog zullen worden.

De bevoegdheids- en verwijzingsregels van de Brussel I- en de Rome I-verordening zullen in de meeste gevallen echter meebrengen dat de consument in eigen land kan procederen en dat op die procedure het nationale recht van de consument van toepassing zal zijn. Achterliggende gedachte bij deze regeling is dat consumenten door deze bepalingen in de regel in eigen land kan procederen en niet snel informatie zal behoeven in te winnen over de inhoud van het buitenlandse recht, waarmee de kosten van het procederen beperkt kunnen blijven.¹²⁷ De keerzijde hiervan is uiteraard dat de wederpartij van de consument in dergelijke gevallen extra kosten moet maken om zijn vordering in het land van de consument aanhangig te maken of om zich te verweren tegen de vordering van de consument, bijv. doordat extra kosten ter zake van rechtsbijstand moeten worden gemaakt.¹²⁸ Bovendien zal hij vaak vertaalkosten moeten maken, die veelal niet onaanzienlijk

¹²¹ Zie art. 16 lid 1 en 2 Brussel I-verordening, waarover Van Haersolte-van Hof 2001, p. 246.

¹²² Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *BBL. EG* 2008, L 177/6.

¹²³ Zie Van der Plas 2008, p. 321.

¹²⁴ Voor de consumentenbepalingen van de Rome I-verordening gelden zelfs meer uitzonderingen, zie Van der Plas 2008, p. 321.

¹²⁵ Art. 4 lid 1 onder c Rome I-verordening bepaalt voorts dat in een dergelijk geval het recht van de lidstaat waar de onroerende zaak zich bevindt, op de overeenkomst van toepassing is.

¹²⁶ Vgl. Milo 2007, p. 200-201.

¹²⁷ Van der Plas 2008, p. 321.

¹²⁸ Musger 2005, p. 82.

zullen zijn. Ook deze kosten zullen in eerste instantie moeten worden gedragen door de wederpartij van de consument. De Europese bevoegdheids- en verwijzingsregels lossen echter het probleem van de proceskostenveroordeling niet op. Hooguit kan men stellen dat in gevallen waarin de consument in eigen land kan procederen en het eigen recht van toepassing is, de internationale dimensie van het geschil niet tot extra complicaties voor de consument behoeft te leiden. Dat is echter al anders indien de consument de eisende partij is en genoodzaakt is om het toewijzende vonnis in het buitenland te executeren: voor de procedure tot executie van een buitenlands vonnis is uitsluitend de rechter van de plaats waar het vonnis ten uitvoer moet worden gelegd, bevoegd.¹²⁹ Dit probleem is echter geringer indien de consument geen gebruik zou hebben gemaakt van de 'gewone' procedure, maar van een van in de het volgende hoofdstuk bedoelde Europese procedures, omdat in dat geval het vonnis ook in het buitenland een executoriale titel oplevert.

129 Zie art. 22 lid 5 Brussel I-verordening.

4 Regelgeving ter verbetering van de handhaving van het (consumenten)recht

Uit het bovenstaande blijkt dat het zowel voor ondernemers als voor consumenten een kostbare en, gezien de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling, zeker voor consumenten financieel riskante aangelegenheid is om te trachten de eigen rechten te handhaven door middel van een procedure bij de burgerlijke rechter. Zowel de Europese als de nationale wetgever heeft daarom initiatieven ontwikkeld om de handhaving van het consumentenrecht en de inning van vorderingen te vereenvoudigen. De belangrijkste van deze initiatieven zullen in dit hoofdstuk worden besproken. In par. 4.1 en 4.2 komen twee Europese regelingen aan de orde, in de daaropvolgende twee paragrafen zal worden ingegaan op ontwikkelingen van nationale bodem. In par. 4.5 zal ten slotte worden gezien of de initiatieven op Europees en Nederlands vlak een betere toegang voor de consument tot de rechter kunnen bewerkstelligen.

4.1 De Europese betalingsbevelprocedure

Het Europees Parlement en de Raad van Ministers hebben op 12 december 2006 een Verordening tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure vastgesteld.¹ Deze verordening dient ertoe om een eenvoudige procedure in te voeren voor de snelle, goedkope en efficiënte invordering van openstaande, niet betwiste schulden in grensoverschrijdende zaken.² De voor Nederland in verband met de uitvoering van deze verordening noodzakelijke wetswijzigingen zijn op 30 mei 2009 in werking getreden.³ In de meeste gevallen zal deze procedure de consument niet baten. Voor zover de consument als eiser optreedt, zal hij in de regel geconfronteerd worden met een ondernemer die zijn aansprakelijkheid betwist en derhalve verweer voert. In dat geval wordt de procedure voortgezet als een gewone dagvaardingsprocedure, waarvoor dezelfde regels en problemen gelden als hierboven weergegeven, tenzij de consument vooraf had aangegeven in dat geval de

¹ Verordening (EG) 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, *PbEG* 2006, L 399/1.

² Vgl. art. 1 Verordening Europese betalingsbevelprocedure en overweging (6) en (9) van de aan de verordening voorafgaande preambule.

³ Wet van 29 mei 2009 tot uitvoering van Verordening (EG) Nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure (*PbEU* L 399) (Uitvoeringswet verordening Europese betalingsbevelprocedure), *Stb.* 2009, 232.

procedure te willen staken.⁴ De regeling kan voor eisende consumenten nuttig zijn indien de consument een moeilijk betwistbare vordering heeft – bijv. een vordering op grond van art. 7:46d lid 3 BW tot terugbetaling van de vooruitbetaalde koopsom in het geval hij een koop op afstand binnen de bedenktijd heeft ontbonden – maar een ondernemer treft die onwillig is om de vordering te voldoen. In veel gevallen zal de consument op grond van art. 15-17 van de Brussel I-verordening⁵ in eigen land kunnen procederen. Het Europese betalingsbevel levert de consument dan een executoriale titel op die zo nodig in het buitenland geëxecuteerd kan worden zonder dat nog een afzonderlijke exequatur-procedure nodig is.⁶

Wanneer de consument als gedaagde optreedt, kan de procedure uitsluitend in het land waar de consument woont, worden gevoerd.⁷ Voor zover de consument eenvoudigweg niet wil betalen zonder de vordering inhoudelijk te betwisten, zal de vordering uiteraard worden toegewezen. De Europese betalingsbevelprocedure levert de ondernemer in dat geval een snel uitvoerbare executoriale titel op; deze situatie ligt evenwel buiten het bereik van dit preadvies, nu geen sprake is van handhaving van het consumentenrecht door de individuele consument. Wanneer de consument echter weigert te betalen omdat de geleverde zaak of dienst gebrekkig zou zijn, kan hij zich tegen het betalingsbevel verzetten door het indienen van een verweerschrift. Evenals in de spiegelbeeldige situatie waarin de consument de ondernemer dagvaardt maar deze zich verweert, wordt de procedure dan in principe voortgezet als een gewone dagvaardingsprocedure.⁸ Wanneer de consument zijn rechten wil handhaven en zich daarom wil verzetten tegen het betalingsbevel, is de in de verordening en invoeringswet weergegeven procedure derhalve niet langer van toepassing.

De Europese betalingsbevelprocedure maakt het in grensoverschrijdende geschillen voor zowel consumenten als ondernemers dus eenvoudiger om een onbetwiste vordering te incasseren. Wanneer de wederpartij de vordering betwist, wordt de vordering echter verwezen naar de gewone dagvaardingsprocedure, zodat de verordening in dergelijke gevallen geen uitkomst biedt voor de handhaving door consumenten van hun rechten.

⁴ Vgl. art. 17 Verordening Europese betalingsbevelprocedure.

⁵ Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *BBL. EG* 2001, L 12/1. De verordening wordt ook wel als de EEX-verordening aangeduid. Volgens art. 66 van de verordening is zij van toepassing op rechtsvorderingen die zijn ingesteld na 1 maart 2002. Afwijking van de uit art. 15-16 Brussel I-verordening voortvloeiende bevoegdheidsregeling is slechts mogelijk bij een overeenkomst die dateert van na het ontstaan van het geschil, bij een overeenkomst die ten gunste van de consument een additionele bevoegde rechter aanwijst, of bij een forumkeuzebeding waarmee de rechter van de gemeenschappelijke woon- of verblijfplaats bevoegd wordt verklaard, zie art. 17 Brussel I-verordening.

⁶ Art. 19 Verordening Europese betalingsbevelprocedure.

⁷ Zie art. 6 lid 2 Verordening Europese betalingsbevelprocedure en art. 16 lid 2 Brussel I-verordening.

⁸ Vgl. art. 17 Verordening Europese betalingsbevelprocedure.

4.2 De Europese small claims procedure

Voor de behandeling van grensoverschrijdende consumentengeschillen waar de wederpartij verweer voert, is de op 11 juli 2007 vastgestelde Small claims verordening relevant.⁹ De voor Nederland in verband met de uitvoering van deze verordening noodzakelijke wetwijzigingen zijn op 30 mei 2009 in werking getreden.¹⁰ Deze procedure heeft als doel de procesvoering betreffende geringe vorderingen in grensoverschrijdende zaken¹¹ te vereenvoudigen en te bespoedigen en de kosten ervan te verminderen. Wanneer de eiser op basis van deze procedure een toewijzend vonnis heeft verkregen, is voor tenuitvoerlegging in een ander land geen exequatur nodig.¹² Het toewijzende vonnis levert derhalve, nadat het in kracht van gewijsde gegaan is, direct in alle lidstaten van de Europese Unie een executoriale titel op.¹³ De tenuitvoerlegging van het vonnis wordt verder beheerst door de nationale procesrechtelijke regels van de lidstaat waar het vonnis ten uitvoer wordt gelegd.¹⁴

De verordening is van toepassing op grensoverschrijdende civielrechtelijke vorderingen waarvan de waarde op het moment van indiening het bedrag van € 2000, exclusief de gevorderde rente en kosten, niet overstijgt.¹⁵ De procedure staat naast de bestaande nationale procedures,¹⁶ zodat de eiser kan kiezen of hij zijn vordering op basis van deze Europese procedure instelt, dan wel gebruik wil maken van de gewone nationale procedures en de daaraan verbonden voor- en nadelen. De procedure wordt ingeleid doordat de eiser het in Bijlage I bij de Verordening opgenomen standaardformulier invult en dit tezamen met de nodige schriftelijke bewijsstukken (zoals facturen en eerdere klachtbrieven)¹⁷ indient bij het bevoegde gerecht.¹⁸ Dat dient hij te doen in de taal van het gerecht.¹⁹ De schriftelijke bewijs-

9 Verordening (EG) 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *PbEG* 2007, L 199/1.

10 Wet van 29 mei 2009 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen (*PbEU* L 199) (Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen).

11 Een mogelijke uitbreiding tot ook zuiver nationale procedures stuitte op verzet van de lidstaten, vgl. S. Saastamoinen, Directoraat-Generaal Justice, Freedom and Security van de Europese Commissie, tijdens een bijeenkomst van de European consumer Consultative Group op 6 en 7 oktober 2009, zie European consumer Consultative Group 2009, p. 2.

12 Artikel 1 Small claims verordening; vgl. ook Kramer 2007, p. 113.

13 Een uitzondering geldt voor Denemarken, nu de verordening niet van toepassing is op dit land, zie art. 2 lid 3 Small claims verordening; vgl. ook Kramer 2007, p. 114.

14 Zie ook European consumer Consultative Group 2009, p. 2.

15 Zie art. 2 lid 1 Small claims verordening. Volgens lid 2 van dat artikel is de verordening onder meer niet van toepassing op zaken betreffende alimentatie, erfrecht en huwelijksgoederenrecht, ontbinding, faillissement en surséance van betaling van vennootschappen, vorderingen betreffende sociale zekerheid, arbeid, vorderingen betreffende huur en pacht van onroerende zake (met uitzondering van vorderingen van geldelijke aard), vorderingen die betrekking hebben op inbreuken op de persoonlijke levenssfeer of van persoonlijkheidsrechten, en op vorderingen die samenhangen met arbitrage.

16 Zie art. 1 Small claims verordening.

17 Zie de Nota naar Aanleiding van het Verslag bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 596, nr. 7, p. 3.

18 De bevoegdheid van het gerecht moet wederom worden bepaald aan de hand van de Brussel I-verordening, zie Kramer 2007, p. 114-115.

19 Art. 6 lid 1 Small claims verordening.

stukken behoeven echter alleen te worden vertaald indien het bewijsstuk gesteld is in een taal die geen officiële taal van de Europese Unie is of niet door de wederpartij of de rechter begrepen wordt.²⁰ De partij die het stuk in geding heeft gebracht, draagt zo nodig zorg voor de vertaling en zal daarvan ook de kosten moeten dragen.²¹

Indiening van de vordering kan geschieden per gewone post, maar ook door middel van een ander communicatiemiddel dat wordt erkend in de lidstaat waar de vordering wordt ingesteld.²² In Nederland is het toegestaan om de vordering rechtstreeks in te dienen door het vorderingsformulier te deponeren in het daarvoor bestemde bakje op de griffie van de rechtbank, dan wel dit af te geven aan de griffiemedewerker. Of het formulier ook elektronisch kan worden ingediend, hangt ervan af of de rechtbank deze mogelijkheid heeft opgenomen in haar rolreglement.²³

De vordering dient te worden ingesteld bij de kantonrechter. Tegen een vonnis op basis van de Europese small claims procedure staat geen hoger beroep open, ook niet indien de vordering boven de normale appelgrens van € 1750 uitgaat.²⁴ Wanneer de bevoegde rechter de door de eiser verstrekte gegevens ontoereikend of onvoldoende duidelijk acht of indien het formulier niet naar behoren is ingevuld, moet de rechter de eiser de mogelijkheid bieden om binnen een door hem bepaalde termijn het formulier aan te vullen of te corrigeren of bepaalde aanvullende gegevens of stukken te verstrekken, dan wel zijn vordering in te trekken. De rechter gebruikt hiervoor eveneens een standaardformulier, dat is opgenomen in Bijlage II bij de verordening.²⁵ Indien de vordering kennelijk ongegrond of het verzoek niet-ontvankelijk is of indien de eiser verzuimt het formulier binnen de vastgestelde termijn aan te vullen of te corrigeren, wordt het verzoek afgewezen.²⁶ Wanneer de vordering buiten het toepassingsgebied van de verordening valt, deelt de kantonrechter de eiser dit mee; als de eiser vervolgens de vordering intrekt, is hij geen griffierechten verschuldigd.²⁷ Wordt de vordering niet ingetrokken, wordt de vordering behandeld op grond van de gewone dagvaardingsprocedure.²⁸

20 Zie art. 6 lid 2 en 3 Small claims verordening; vgl. ook Kramer 2007, p. 115.

21 Vgl. impliciet de Nota naar Aanleiding van het Verslag bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 596, nr. 7, p. 3 en 7. Zie in deze zin ook European consumer Consultative Group 2009, p. 2.

22 Art. 4 lid 1 Small claims verordening.

23 Zie de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2007/08, 31 596, nr. 3, p. 5.

24 Zie art. 2 lid 2 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen. Cassatie is daarentegen wel mogelijk, zie art. 2 lid 3 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen.

25 Zie art. 4 lid 4 Small claims verordening.

26 Zie art. 4 lid 4 Small claims verordening.

27 Art. 4 lid 1 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen.

28 Zie art. 4 lid 3 Small claims verordening en art. 4 lid 3 Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen.

Wanneer het formulier, al dan niet na aanvulling of correctie, naar behoren is ingevuld, zendt de rechter aan de wederpartij een standaardformulier,²⁹ waarmee hij de wederpartij te kennen geeft dat tegen haar een vordering op basis van de Europese verordening is ingediend. De rechter zendt een afschrift van het vorderingsformulier en van eventuele bewijsstukken mee. Een en ander geschiedt in beginsel per aangetekende post.³⁰ De wederpartij wordt vervolgens in de gelegenheid gesteld om, in de taal van het gerecht,³¹ binnen dertig dagen na ontvangst van de kennisgeving door middel van verdere invulling van het door de rechter gezonden kennisgevingsformulier of op andere gepaste wijze aan te geven of zij de vordering aanvaardt of bestrijdt. Zij dient daarbij tevens eventuele bewijsstukken mee te zenden.³² Het gerecht zendt een en ander binnen veertien dagen door aan de eiser.³³ Voor zover de gedaagde aanvoert dat de hoogte van een niet uit de betaling van een geldsom bestaande vordering het maximum van € 2000 overschrijdt, dient de rechter binnen 30 dagen nadat dit bericht aan de eiser is gezonden, te beslissen of deze stelling van gedaagde juist is.³⁴ Als hij oordeelt dat dit het geval is, kan de eiser zijn vordering weer intrekken overeenkomstig het bepaalde in art. 4 lid 4 van de Verordening. De gedaagde kan ook een tegenvordering indienen. Deze wordt op dezelfde wijze ingediend als de oorspronkelijke vordering.³⁵ Indien de tegenvordering het maximumbedrag van € 2000 echter overschrijdt, worden *beide* vorderingen afgewikkeld volgens de normale regels die gelden voor een dagvaardingsprocedure.³⁶

De gehele procedure verloopt in beginsel schriftelijk.³⁷ Het staat partijen vrij om ook na de indiening van het standaardformulier waarmee de procedure aanvangt en het retourneren van het kennisgevingsformulier door gedaagde nog stukken in het geding te brengen, voor zover de rechter daartoe uiteraard nog gelegenheid geeft.³⁸ Een mondelinge behandeling vindt plaats indien de rechter dat nodig acht of indien een partij daarom verzoekt. Het verzoek tot het houden van een mondelinge behandeling kan worden geweigerd indien de rechter gezien de omstandigheden van de zaak van oordeel is dat een eerlijke rechtspleging in deze zaak klaarblijkelijk geen mondelinge behandeling vergt. De rechter dient zijn beslissing hieromtrent te motiveren; de weigering – en naar moet worden aangenomen ook de toewijzing van het verzoek – is niet afzonderlijk appelabel.³⁹ De rechter kan

²⁹ Te vinden in Bijlage III bij de verordening.

³⁰ Art. 5 lid 2 en art. 13 Small claims verordening.

³¹ Art. 6 lid 1 Small claims verordening.

³² Zie art. 5 lid 3 Small claims verordening.

³³ Art. 5 lid 4 Small claims verordening.

³⁴ Art. 5 lid 5 Small claims verordening.

³⁵ Art. 5 lid 6 Small claims verordening.

³⁶ Zie art. 5 lid 7 Small claims verordening.

³⁷ Art. 5 lid 1 Small claims verordening.

³⁸ Zie overweging (12) in de preambule van de Small claims verordening, en de Nota naar Aanleiding van het Verslag bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 596, nr. 7, p. 2.

³⁹ Zie art. 5 lid 1 Small claims verordening.

desgewenst, en voor zover de benodigde technische middelen beschikbaar zijn, een mondelinge behandeling houden met behulp van een videoconferentie of andere middelen voor communicatie op afstand.⁴⁰

Volgens art. 9 van de Small claims verordening bepaalt de rechter met welke middelen het bewijs wordt verkregen. De rechter kan daarbij gebruikmaken van een schriftelijke verklaring van getuigen, deskundigen of partijen en uiteraard van de in het geding gebrachte schriftelijke bewijsstukken. De rechter kan in dit verband een bewijsopdracht geven,⁴¹ maar dient daarbij terughoudend te zijn voor zover het gaat om deskundigenonderzoek of mondelinge getuigenverhoren: een deskundigenonderzoek of een mondeling getuigenverhoor kan slechts worden gelast ‘indien dit voor het geven van de beslissing noodzakelijk is’; de rechter dient hierbij bovendien rekening te houden met de kosten die dergelijke bewijsmiddelen meebrengen.⁴² Bovendien dient de rechter te kiezen voor de eenvoudigste en minst bezwarende wijze van bewijsverkrijging.⁴³ In de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet wordt in dit verband opgemerkt dat de rechter ook schriftelijke verklaringen van getuigen, deskundigen of partijen kan toelaten als bewijsmiddel.⁴⁴ Hiermee wordt aangesloten bij het bepaalde in art. 152 Rv, waaruit volgt dat het bewijs kan worden geleverd door alle middelen en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten. Met name verzoeken om getuigen te verhoren zullen dus bij toepassing van de Small claims procedure veel terughoudender moeten worden beoordeeld dan bij een ‘gewone’ procedure: de rechter dient zich af te vragen of de voorhanden schriftelijke bewijsstukken, eventueel nog aangevuld door een schriftelijke getuigenverklaring, niet voldoende is voor het nemen van een beslissing over de vordering.

Rechtsbijstand door advocaten is niet verplicht.⁴⁵ Dat is bij de gewone dagvaardingsprocedure bij de kantonrechter echter niet anders. Wel anders is dat de eiser zelf het inleidende standaardformulier kan invullen en dus geen dagvaarding behoeft uit te brengen en dus ook geen kosten behoeft te maken voor het inschakelen van een deurwaarder.⁴⁶

In het oorspronkelijke voorstel voor een Europese small claims procedure was bepaald dat een consument die niet werd bijgestaan door een advocaat of andere rechtshulpverlener, bij verlies van de procedure de kosten van de wederpartij voor

40 Art. 8 Small claims verordening; zie ook de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2007/08, 31 596, nr. 3, p. 4.

41 Zie art. 7 lid 1 onder b) Small claims verordening.

42 Zie art. 9 lid 1 en 2 Small claims verordening.

43 Art. 9 lid 3 Small claims verordening.

44 Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2007/08, 31 596, nr. 3, p. 6.

45 Zie art. 10 Small claims verordening; Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2007/08, 31 596, nr. 3, p. 4.

46 Vgl. Kramer 2007, p. 114.

rechtsbijstand niet zou behoeven te vergoeden.⁴⁷ Een dergelijke bepaling zou de begrijpelijke vrees van een consument voor een proceskostenveroordeling natuurlijk aanzienlijk verminderen. Bovendien zou de wederpartij van de consument zich nog wel eens op zijn achterhoofd krabben voordat hij een advocaat inschakelt als hij weet dat hij deze kosten niet vergoed zou krijgen, waardoor onnodige kosten voor rechtsbijstand voorkomen zouden kunnen worden. De bepaling zou dan ook, overeenkomstig haar bedoeling,⁴⁸ zonder meer hebben geleid tot een verlaging van de kosten voor het gebruik maken van de small claims procedure. De CCA zag hierin ook het belangrijkste voordeel van de Europese small claims verordening boven de procedure bij de kantonrechter.⁴⁹ In de uiteindelijke versie van de verordening is deze consumentvriendelijke bepaling evenwel gesneuveld:⁵⁰ ook bij de small claims procedure wordt de verliezende partij in de proceskosten veroordeeld. De hoogte van de proceskosten wordt bepaald in overeenstemming met het nationale procesrecht. Onnodig gemaakte kosten of kosten die niet in verhouding staan tot de vordering kunnen niet worden toegewezen.⁵¹ Wanneer kosten ‘onnodig’ zijn gemaakt of in een wanverhouding staan ten opzichte van de hoogte van de vordering, staat natuurlijk ter bepaling van de rechter, die daarbij grotendeels zal terugvallen op zijn nationale standaard. Daarbij moet worden opgemerkt wat ‘nodig’ of ‘redelijk’ wordt gevonden in de ene lidstaat van de Europese Unie, buitengewoon onredelijk kan worden gevonden in een andere lidstaat.⁵² De partij die gedwongen wordt in een ander land te procederen kan in dit opzicht een vervelende verrassing te wachten staan. Enige houvast kan wellicht gevonden worden in de richtlijnen die de verordening geeft aan de rechter bij de vaststelling van de kostenveroordeling. Blijkens overweging (29) van de preambule moet de rechter in dit verband met name letten op de kosten van rechtsbijstand van de wederpartij en de kosten van de betekening of kennisgeving van de stukken of de vertaling daarvan. Bovendien dient volgens overweging (20) van de preambule zoveel mogelijk gebruik te worden gemaakt van de eenvoudigste en goedkoopste wijze van bewijsverkrijging, zodat het onnodig gebruik van kostbare bewijsmiddelen zoals getuigenbewijs en deskundigen ook kan meebrengen dat de kosten hiervoor gedragen moeten worden door de partij die deze bewijsmiddelen heeft ingezet, met name wanneer een goedkopere wijze van bewijsgaring ook mogelijk was geweest. Uitgangspunt is echter wel dat *alle* door de winnende partij gemaakte kosten door de verliezer moeten worden vergoed, ook indien die een natuurlijk persoon is die niet vertegenwoordigd is door een rechtshulpverlener en de wederpartij een professionele partij is die wel een advocaat heeft ingeschakeld. Onduidelijk is wat dit precies betekent voor de

47 Zie art. 14 lid 2 van het Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European small claims procedure of 15 March 2005, COM(2005) 87 final.

48 Zie uitdrukkelijk overweging (14) van de preambule bij het voorstel.

49 CCA-advies 2006, p. 8.

50 Zie ook Kramer 2007, p. 117, 118.

51 Vgl. art. 16 Small claims verordening en overweging (29) van de preambule bij de verordening; zie voorts de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet, *Bijl. Handelingen II* 2007/08, 31 596, nr. 3, p. 7.

52 Zie Musger 2005, p. 82.

in Nederland voor de gewone ‘nationale’ procedures geldende regels inzake de geliquideerde kosten, maar duidelijk is dat het zwaard van Damocles van de proceskostenveroordeling bij de small claims procedure in ieder geval niet substantieel minder zal zijn dan in een gewone ‘binnenlandse’ dagvaardingsprocedure.

Effectief is de ‘winst’ die gebruikmaking van de small claims procedure oplevert ten opzichte van de ‘gewone’ kantonprocedure, beperkt. De belangrijkste winst is dat de gehele procedure wat sneller zal kunnen plaatsvinden dan onder het reguliere procesrecht omdat tijdrovende bewijsmiddelen als deskundigenonderzoek en getuigenverhoor minder snel zullen (mogen) worden gebruikt. Bovendien is in een beperkt aantal zaken waar in de gewone kantonprocedure wel hoger beroep mogelijk is, dat hoger beroep door gebruikmaking van de small claims procedure uitgesloten, wat in die procedures zal betekenen dat er eerder een eindbeslissing zal zijn.⁵³ Het gaat dan om vorderingen waarvan de totale hoogte van de vordering niet meer dan € 2000 exclusief rente en kosten bedraagt, maar welke *inclusief* de tot aan de dag van dagvaarding in eerste aanleg verschuldigde rente een bedrag van € 1750 of meer bedraagt.

De aanvankelijk voorziene maximale duur van de procedure van zes maanden⁵⁴ is niet opgenomen in de definitieve tekst van de verordening.⁵⁵ Hoewel een looptijd van zes maanden zeker nastrevenswaardig is en in een gemiddelde zaak ook haalbaar zou moeten zijn als geen getuigen worden gehoord, lijkt het afzien van het *verplicht* stellen van een dergelijke maximale duur een verstandige beslissing, zeker indien de rechter oordeelt dat een mondelinge behandeling en getuigenverhoor wél noodzakelijk zijn of indien bewijsstukken moeten worden vertaald.⁵⁶

Een bijkomend voordeel van de small claims procedure lijkt dat de procedure op wat informelere wijze gevoerd kan worden, aangezien gebruik kan worden gemaakt van standaardformulieren. Of dat werkelijk een voordeel is, hangt uiteraard af van de vraag in hoeverre de formulieren als gebruiksvriendelijk worden ervaren en of rechters effectief om blijken te kunnen gaan met de ingevulde formulieren. Wel zullen de kosten wat lager kunnen uitvallen, aangezien de kosten voor het uitbrengen van een dagvaarding kunnen worden uitgespaard en de kosten voor deskundigenonderzoek en getuigenverhoor door de rechter in de hand moeten

53 De keuze om geen hoger beroep toe te staan, is een keuze van de Nederlandse wetgever: de verordening laat dit nadrukkelijk aan de lidstaten over, zie art. 17 Small claims verordening; Kramer 2007, p. 116.

54 Zie art. 10 lid 1 van het Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European small claims procedure of 15 March 2005, COM(2005) 87 final. In uitzonderlijke gevallen zou het aan het gerecht zijn toegestaan om de maximale duur te overschrijden indien bij het nakomen ervan de eisen van een behoorlijke procesvoering (en daarmee de eisen van een ‘fair trial’, zoals voortvloeiend uit art. 6 EVRM) in gevaar zouden komen, mits het gerecht de noodzakelijke stappen tot beëindiging van de procedure zo snel mogelijk zou nemen, zie art. 12 lid 2 van het voorstel. Zie hierover Kramer 2007, p. 116.

55 Anders Kramer 2007, p. 116, die van oordeel is dat van opname van een maximale termijn mogelijk een positieve invloed zal uitgaan om de gehele procedure te bespoedigen. Dat zal zeker het geval zijn, maar er zullen direct ook vragen rijzen ten aanzien van wat geldend is als de termijn (desalniettemin) wordt overschreden: leidt dat tot toe- of afwijzing van de vordering omdat een partij te veel tijd nodig blijkt te hebben gehad voor het verstrekken van bewijsmateriaal? Of is bijvoorbeeld sprake van rechtsweigeren en daarmee van staatsaansprakelijkheid?

worden gehouden. Zowel de eiser als de gedaagde dient echter gebruik te maken van de taal van het gerecht en dus hun vordering en verweer te stellen in de taal van het gerecht. Dat zal in veel gevallen betekenen dat of de consument, of de ondernemer te maken krijgt met vertaalkosten. De omvang van dergelijke kosten lijkt echter beperkt daar de bijstand niet van een erkende tolk/vertaler behoeft te komen, maar ook kan worden verleend door een bekende of een rechtshulpverlener.

Gebruik van de small claims procedure in grensoverschrijdende consumentengeschillen levert dus voor zowel de consument als de ondernemer voordelen op boven de gewone kantonprocedure, maar de voordelen lijken beperkt van aard. Dat geldt te meer nu de toegang tot de procedure beperkt is tot vorderingen van maximaal € 2000. Zelfs in consumentengeschillen wordt dat bedrag vaak overschreden. Bovendien geldt de procedure uitsluitend voor grensoverschrijdende overeenkomsten, nu verdergaande voorstellen van de Europese Commissie zijn tegengegaan door de lidstaten. Substantiële verbeteringen van de toegang van consumenten tot de rechter lijken dan ook vooral in de nationale procedures te moeten worden behaald.

De Nederlandse wetgever heeft er niet voor gekozen om de Europese small claims procedure (en de Europese betalingsbevelprocedure) ook van toepassing te verklaren op zuiver nationale geschillen – wat uiteraard wel mogelijk was geweest.⁵⁷ Wel bestaan er verschillende initiatieven tot verbetering van de bestaande procedures en tot invoering van een eenvoudige procedure voor eenvoudige geschillen. In de hiernavolgende paragrafen zal op een aantal hiervan worden ingegaan.

4.3 Voorstellen tot wijziging van de procedure voor de kantonrechter

De afgelopen jaren is veel geschreven over de noodzaak of wenselijkheid tot verbetering of wijziging van de kantonprocedure. Het gaat het kader van dit preadvies te buiten om op alle rapporten, adviezen en artikelen in te gaan. Gekozen is daarom voor de bespreking van een aantal toonaangevende rapporten en adviezen op dit terrein. De meeste van deze voorstellen komen, kortweg, neer op een verhoging van de competentiegrens en de mogelijke invoering van een aparte procedure voor geringe vorderingen met een vereenvoudiging van met name het bewijsrecht. Besproken zullen worden de voorstellen van de ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie uit 2006,⁵⁸ het eveneens uit 2006 afkomstige eindrapport van de Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie (naar haar voorzitter ook wel de Commissie-Deetman genoemd),⁵⁹ het ook uit 2006 afkomstige eindrapport van de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands

⁵⁷ Vgl. hierover kritisch ook Jongbloed 2009, p. 258.

⁵⁸ Dit rapport wordt aangehaald als: Ministerie van Justitie 2006.

⁵⁹ Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie 2006.

burgerlijk procesrecht,⁶⁰ de twee adviezen van de Raad voor de Rechtspraak uit 2007⁶¹ en de reactie van deze Raad op het interim-rapport van de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht uit 2004, en ten slotte het advies van de Commissie Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad over een eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken, eveneens uit 2007.⁶² Voor zover wordt gesproken over het interim-rapport van de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht uit 2003 en de reacties daarop van de Consumentenbond en van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, wordt hierbij verwezen naar de weergave van dit interim-rapport en de bedoelde reacties daarop in het eindrapport van de Commissie.

In deze paragraaf ga ik achtereenvolgens in op de opmerkingen in deze rapporten en adviezen ten aanzien van de verhoging van de competentiegrens (par. 4.3.1), de wenselijkheid of noodzaak tot invoering van een afzonderlijke procedure voor eenvoudige vorderingen (par. 4.3.2), de inleiding van een eventuele procedure voor eenvoudige vorderingen via een elektronisch formulier en de rol van de griffie daarbij (par. 4.3.3), de inhoud van een dergelijke procedure (par. 4.3.4), de proceskosten en de proceskostenveroordeling (par. 4.3.5) en ten slotte de mogelijkheid om rechtsmiddelen als hoger beroep en verzet aan te wenden (par. 4.3.6).

Voor zover aan de orde zal ik in deze paragraaf ook ingaan op de mede op deze rapporten en adviezen gebaseerde aanhangige wetsvoorstellen. Het gaat dan in het bijzonder om het op 18 juli 2009 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie⁶³ en het daarmee samenhangende op 31 oktober 2008 ingediende wetsvoorstel tot invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken.⁶⁴

4.3.1 VERHOGING COMPETENTIEGRENS

De Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie (Commissie-Deetman) stelt in haar eindrapport uit 2006 voor om de competentiegrens van de kantonrechter te verhogen tot € 25.000 en om alle consumentenkoopzaken ter

⁶⁰ Commissie Fundamentele herbezinning 2006.

⁶¹ In april 2006 verscheen een reactie op de voorstellen van de ambtelijke werkgroep, terwijl in november van dat jaar onder de titel *Ruim baan voor de burger* het rapport van de Adviescommissie verbreding kantonrechtspraak en differentiatie werkstromen (naar haar voorzitter ook wel Commissie-Hofhuis genoemd) verscheen. Naar deze twee adviezen wordt verwezen als: Raad voor de Rechtspraak 2006a, respectievelijk Raad voor de Rechtspraak 2006b.

⁶² CCA-advies 2007.

⁶³ Voorstel van wet tot Wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Wet op de rechterlijke indeling, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enkele andere wetten naar aanleiding van de evaluatie van de modernisering van de rechterlijke organisatie en in verband met de regeling van het klachtrecht inzake gedragingen van rechterlijke ambtenaren (Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie), *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 32 021, nr. 2.

⁶⁴ Voorstel van wet tot Invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken (Wet griffierechten burgerlijke zaken), *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 2.

beslechting op te dragen aan de kantonrechter, zodat voor deze zaken geen procesvertegenwoordiging noodzakelijk is.⁶⁵ Dit voorstel ondervindt steun van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad (CCA)⁶⁶ en van de Raad voor de Rechtspraak.⁶⁷ De Raad is van oordeel dat ook geschillen betreffende consumptieve geldkredieten, ongeacht de hoogte van het financiële belang van de zaak, aan de kantonrechter zouden moeten worden opgedragen.⁶⁸ Daarmee wordt bereikt dat het aantal en de soorten zaken waarin zonder verplichte vertegenwoordiging kan worden geprocedeerd, toeneemt. Bovendien zouden zaken met een klein financieel belang of een geringe mate van complexiteit snel en op eenvoudige wijze moeten kunnen worden afgehandeld, aldus de Raad.⁶⁹ Als belangrijk voordeel van de kantonprocedure wordt daarbij nadrukkelijk de afwezigheid van de verplichte procesvertegenwoordiging genoemd.⁷⁰ De Raad voor de Rechtspraak merkt in dit verband op dat de kosten voor verplichte rechtsbijstand in zaken met een beperkte complexiteit of een klein belang relatief zwaar wegen en daarmee een grote barrière vormen in de toegang tot de rechter. De Raad concludeert hieruit dat voor zaken met een relatief klein belang zonder advocaat moet kunnen worden geprocedeerd.⁷¹ Uitbreiding van de competentie van de kantonrechter, al dan niet gepaard met de invoering van een eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken, zou daardoor het procederen eenvoudiger en goedkoper moeten maken.

De wetgever heeft de voorstellen van de Commissie-Deetman overgenomen: in het wetsvoorstel Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie wordt bepaald dat geschillen tot € 25.000 en alle zaken betreffende de consumentenkoop en de Wet op het consumentenkrediet worden voorgelegd aan de kantonrechter.⁷² Voor de sector civiel van de rechtbank blijven daarmee eigenlijk alleen nog consumentengeschillen over de koop of bouw van woningen over. In de meeste gevallen zal voor consumentenzaken na de aanpassing van de competentiegrens geen sprake meer zijn van verplichte procesvertegenwoordiging en de daarmee samenhangende noodzaak tot het maken van kosten geen sprake meer zijn. Bovendien behoeven partijen die voor een kantonrechter gedaagd zijn, geen griffierecht te betalen voor het indienen van een verweerschrift.⁷³ Ook voor het instellen van een vordering

65 Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie 2006, p. 31-32.

66 CCA-advies 2007, p. 42.

67 Raad voor de Rechtspraak 2007b, p. 20-21.

68 Raad voor de Rechtspraak 2007b, p. 21.

69 Raad voor de Rechtspraak 2007b, p. 13.

70 Ministerie van Justitie 2006, p. 15; CCA-advies 2007, p. 47.

71 Raad voor de Rechtspraak 2007b, p. 13.

72 Zie art. III onder C wetsvoorstel Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie, dat strekt tot wijziging van art. 93 Rv.

73 Zie art. 4 lid 2 van het voorstel voor de Invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken (Wet griffierechten burgerlijke zaken), *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 2; Nota naar aanleiding van het verslag, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 7, p. 11. Zie ook het huidige art. 2 lid 1 Wet tarieven in burgerlijke zaken.

in reconventie behoeft geen griffierecht te worden betaald.⁷⁴ Dat betekent dat wanneer de consument de gedaagde partij is,⁷⁵ hij niet direct met kosten te maken krijgt als hij zich wil verweren tegen een volgens hem ongegronde vordering. De wetgever heeft in dit verband uitdrukkelijk te kennen gegeven het laagdrempelige karakter van de procedure bij de kantonrechter te willen behouden.⁷⁶

4.3.2 INVOERING PROCEDURE VOOR EENVOUDIGE VORDERINGEN

Eveneens uit 2006 dateert het eindrapport van een ambtelijke werkgroep die in opdracht van de Minister van Justitie de mogelijkheden heeft onderzocht voor een eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken. In haar eindrapport merkt de werkgroep op dat rechtszoekenden met zaken waarbij de kosten van de procedure het zaaksbelang overschrijden, zoals vaak het geval is bij consumentengeschillen, in feite niet bij de rechter terecht kunnen. Een uitzondering geldt eigenlijk alleen voor diegenen die om principiële redenen het geschil toch aan de rechter voorleggen en die in staat zijn hiervoor te betalen. De werkgroep stelt echter: ‘Het komt er nu te vaak op neer dat burgers en kleine bedrijven in zaken beneden bepaalde grenzen c.q. met een gering zaaksbelang hun materiële aanspraken niet *kunnen* verzilveren’ (curs., MBML).⁷⁷ Conform haar opdracht⁷⁸ doet de werkgroep concrete voorstellen voor de invoering van een eenvoudige procedure. De voorstellen zijn niet beperkt tot eenvoudige zaken met een gering financieel belang, zodat de procedure ook na wijziging van de competentiegrens kan gelden voor andere eenvoudige procedures waarvoor thans verplichte procesvertegenwoordiging bestaat.⁷⁹

De invoering van een afzonderlijke procedure voor eenvoudige vorderingen wordt gesteund door de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht en de CCA, die beide zoveel mogelijk aansluiting bij de Europese small claims procedure bepleiten.⁸⁰ Ook de Consumentenbond, in zijn reactie op het interim-rapport van de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht, betoont zich voorstander van een dergelijke procedure omdat – in de woorden van de Commissie – er volgens de Consumentenbond behoefte bestaat aan een laagdrempelige procedure voor geringe vorderingen die consumenten binnen een redelijke termijn en tegen redelijke kosten

⁷⁴ Zie art. 4 lid 2 onder b van het wetsvoorstel Wet griffierechten burgerlijke zaken, en het huidige art. 3 lid 2 Wet tarieven burgerlijke zaken, waarover M. Ynzonides en M. Koedoot, aantekening 1 bij art. 136 Rv, in: *T&C Rechtsvordering*.

⁷⁵ Wat veelal het geval is, zie hierboven, nr. 2.

⁷⁶ Zie de Memorie van Toelichting bij de Evaluatiewet, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 32 021, nr. 3, 18-19.

⁷⁷ Ministerie van Justitie 2006, p. 4-5.

⁷⁸ Ministerie van Justitie 2006, p. 2.

⁷⁹ Ministerie van Justitie 2006, p. 7.

⁸⁰ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 107-109; CCA-advies 2007, p. 39.

zelf kunnen voeren.⁸¹ De CCA stelt dat na invoering van de eenvoudige procedure het dreigen met het gebruik ervan een rem zal zetten op onheus en onrechtmatig handelen, waardoor er minder geschillen zullen ontstaan en de resterende geschillen vaker geschikt zullen worden.⁸²

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Raad voor de Rechtspraak verzetten zich echter tegen een afzonderlijke procedure voor geringe vorderingen. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak was van oordeel dat de meeste burgers behoefte hebben aan hulp bij het invullen van formulieren en vaak te emotioneel betrokken zijn om protocollen goed te kunnen opvolgen. De Vereniging wees in dit verband op de negatieve ervaringen met het dagvaardingsformulier, dat om die reden in 2002 is afgeschaft.⁸³ De ambtelijke werkgroep hoopt dergelijke problemen echter te ondervangen door het elektronische formulier gebruiksvriendelijk te maken, maar anderzijds ervoor te zorgen dat de grondslag van de vordering feitelijk wordt omschreven en dat voldoende duidelijk wordt vermeld wat de eiser zou willen bereiken met zijn vordering.⁸⁴

De Raad voor de Rechtspraak is van oordeel dat geen behoefte bestaat aan de invoering van een afzonderlijke procedure voor consumentengeschillen. De Raad merkt in dit verband op dat de procedure bij de kantonrechter nu reeds geschikt is om kleine vorderingen snel en eenvoudig af te doen. De invoering van een afzonderlijke procedure voor kleine vorderingen naast de bestaande kantonprocedure zou volgens de Raad slechts leiden tot onduidelijkheid over de toepasselijke procedure en tot nieuwe problemen met betrekking tot bevoegdheid en verwijzing. De Raad ziet meer in de mogelijkheid om de procedure bij de kantonrechter onder voorwaarden verder te vereenvoudigen, bijvoorbeeld door de rechter de mogelijkheid te geven op de zitting mondeling uitspraak te doen. Van een uitgewerkt schriftelijk vonnis zou dan in de meeste gevallen kunnen worden afgezien.⁸⁵

De voorstanders van invoering van een eenvoudige procedure oordelen verschillend over de vraag of de eenvoudige procedure naast, of in de plaats van de gewone kantonprocedure zou moeten komen. De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht ziet de eenvoudige procedure als vervanging van de gewone kantonprocedure.⁸⁶ De ambtelijke werkgroep en de CCA kiezen er daarentegen nadrukkelijk voor om de procedure *naast* de gewone kantonprocedure te laten bestaan. Het zou daarbij aan de eiser zijn om te kiezen voor de ene of de andere procedure.⁸⁷ Het bestaan van een dergelijke keuzemogelijkheid brengt

81 Consumentenbond, zoals weergegeven in Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 107.

82 CCA-advies 2007, p. 47.

83 Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, als weergegeven in Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 106.

84 Ministerie van Justitie 2006, p. 13.

85 Raad voor de rechtspraak 2004, p. 8.

86 Vgl. Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 105, 108-109.

87 Ministerie van Justitie 2006, p. 6, 8-9, 15; CCA-advies 2007, p. 42.

overigens mee dat de overheid consumenten en ondernemers zal moeten voorlichten over die keuzemogelijkheid en de daaraan verbonden gevolgen, zo merkt de CCA op.⁸⁸ De consument zal volgens de ambtelijke werkgroep gebruik moeten maken van de gewone procedure indien het adres van de wederpartij hem niet bekend is en hij deze ook niet kan achterhalen.⁸⁹

De voorstanders van de invoering van een eenvoudige procedure verschillen ook van mening ten aanzien van het toepassingsgebied van de voorgestelde eenvoudige procedure: de ambtelijke werkgroep beperkt het toepassingsgebied tot vorderingen tot eenvoudige handelszaken en bepaalde aardzaken en sluit toepassing van de procedure uit voor incassoprocedures die bij verstek worden afgedaan.⁹⁰ In aanmerking komen vorderingen met een financiële waarde tot € 5000⁹¹ en geschillen die voortvloeien uit een consumentenkoopovereenkomst, voor zover de hoogte van het financiële belang geen verplichte procesvertegenwoordiging met zich brengt.⁹² Vorderingen uit onrechtmatige daad zouden daarentegen buiten de eenvoudige procedure moeten blijven,⁹³ evenals vorderingen tot ontruiming van woonruimte, tot ontbinding van arbeidsovereenkomsten, kortgeding-zaken en zaken waarbij het rechtsgebied zelf te specialistisch is.⁹⁴ De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht stelt voor om de procedure slechts toegankelijk te maken voor vorderingen beneden de appelgrens, derhalve voor vorderingen van niet meer dan thans € 1750 en in de toekomst mogelijk € 2000.⁹⁵ De CCA is van oordeel dat onrechtmatige daadsvorderingen die gebaseerd zijn op oneerlijke handelspraktijken wel binnen het toepassingsgebied van de eenvoudige procedure dienen te vallen.⁹⁶ Het zou bovendien niet relevant moeten zijn of de vordering betrekking heeft op de levering van zaken (in het kader van een consumentenkoopovereenkomst) of op de levering van diensten (bijv. in het kader van een reisovereenkomst of een overeenkomst tot aanneming van werk).⁹⁷ De *ondernemersleden* van de CCA stemmen in met de beperking van het toepassingsgebied tot vorderingen tot € 5000. De *consumentleden* en de *kroonleden* van de CCA zijn van oordeel dat de eenvoudige procedure beschikbaar zou moeten zijn voor alle vorderingen tot € 25.000, mits de vordering betrekking heeft op handelstransacties.⁹⁸ De CCA is eensluidend van mening dat de procedure ook

88 CCA-advies 2007, p. 47.

89 Ministerie van Justitie 2006, p. 16.

90 Ministerie van Justitie 2006, p. 9.

91 Waarbij voor vorderingen tot € 2000 nog een iets lichter regime zou moeten gelden, vgl. Ministerie van Justitie 2006, p. 11, 19.

92 Ministerie van Justitie 2006, p. 12.

93 Ministerie van Justitie 2006, p. 12. Ik merk daarbij op dat het voor de hand zou liggen om geschillen op basis van de regeling van de oneerlijke handelspraktijken (thans als bijzondere vorm van de onrechtmatige daad in art. 6:193a e.v. BW geregeld) wél onder de eenvoudige procedure te laten vallen.

94 Ministerie van Justitie 2006, p. 12-13. Met het laatste wordt onder meer gedoeld op het zeerecht en het wissel- en chequerecht.

95 Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 108-109.

96 CCA-advies 2007, p. 40.

97 CCA-advies 2007, p. 41.

98 CCA-advies 2007, p. 42-43.

beschikbaar dient te zijn voor vorderingen op dit terrein tussen ondernemers onderling, omdat ook ondernemers vaak problemen ondervinden om kleine vorderingen te incasseren. De Raad voor de Rechtspraak is juist van oordeel dat *als* er al een afzonderlijke procedure voor geringe vorderingen zou komen, deze alleen zou moeten gelden voor procedures waar consumenten bij betrokken zijn.⁹⁹ De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht is in haar eindrapport zelfs nog beperkter: het gebruik van de eenvoudige procedure zou beperkt moeten blijven tot gevallen waarin de eiser een particulier of een consument is.¹⁰⁰

Voor de voorstellen van de ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie tot invoering van een afzonderlijke procedure voor eenvoudige geschillen bestaat dus aanmerkelijke steun. Desalniettemin is een wetsvoorstel tot invoering van een afzonderlijke procedure voor eenvoudige geschillen tot op heden niet ingediend.¹⁰¹

4.3.3 INLEIDING VIA ELEKTRONISCH FORMULIER EN DE ROL VAN DE GRIFFIE

Voor het geval de wetgever zou overwegen om een dergelijk wetsvoorstel in de toekomst wel in te voeren, is het natuurlijk interessant om de voorstellen te bezien die de ronde doen over de inhoud en de inleiding van een dergelijke procedure.

De ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie kiest ervoor om de eenvoudige procedure te laten inleiden door het invullen van een elektronisch formulier die de dagvaarding moet vervangen. De procedure moet zo zijn ingericht dat een rechtszoekende ofwel zelf de vordering kan indienen, ofwel met behulp van het Juridisch Loket, zodat inschakeling van rechtsbijstand niet noodzakelijk is.¹⁰² Bovendien hoeft de eiser bij gebruikmaking van de eenvoudige procedure geen deurwaarder in te schakelen voor de inleiding van de procedure: het elektronisch formulier zal bij de griffie van de rechtbank moeten worden ingediend.¹⁰³ Indien de verweerder een natuurlijk persoon is, controleert de griffie vervolgens de NAW-gegevens¹⁰⁴ via een rechtstreekse toegang tot het GBA-register.¹⁰⁵ De griffie zendt de verweerder vervolgens de elektronisch ingediende vordering per gewone post,¹⁰⁶ en zendt hem enkele dagen later een herinnering om de risico's van fouten in de

99 Raad voor de Rechtspraak 2007a, p. 2.

100 Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 108-109.

101 Wel bestaan er plannen om de wettelijke belemmeringen voor een digitaal rechtsbestel weg te nemen, waaronder de mogelijk om een dagvaarding elektronisch aan te brengen en om videoconferenties – allereerst in het strafrecht en in internationale zaken – mogelijk te maken, vgl. de brief van de Minister van Justitie van 11 november 2009, *Bijl. Handelingen II* 2009/10, 29 279, nr. 96.

102 Ministerie van Justitie 2006, p. 15.

103 Ministerie van Justitie 2006, p. 8-9, 13-15.

104 Naam, adres en woonplaats.

105 Gemeentelijke basisadministratie.

106 Indien uit het GBA-register een ander adres voortvloeit, worden de elektronisch ingediende vordering en de eenmalige herinnering naar beide adressen gezonden, zie Ministerie van Justitie 2006, p. 17.

postbezorging te beperken.¹⁰⁷ Tot de eventuele mondelinge behandeling zou de procedure via internet gevoerd moeten kunnen worden, waarbij de verweerder ook gebruik van een elektronisch formulier zou moeten maken.¹⁰⁸ De verweerder kan er echter ook voor kiezen schriftelijk of (tijdens de mondelinge behandeling van de zaak) mondeling verweer te voeren.¹⁰⁹ Ook kan hij een tegenvordering instellen (bij wijze van verweer, zoals bij een beroep op verrekening, of in reconventie). Om te voorkomen dat de procedure hierdoor te zeer wordt gecompliceerd, zouden beide vorderingen met elkaar samen moeten hangen.¹¹⁰ Het is bovendien niet mogelijk om incidenten op te werpen, zoals een beroep op vrijwaring.¹¹¹ Bij de procedure wordt ten slotte wel gewerkt met een vorm van roladministratie, maar partijen moeten het procesverloop van hun zaak via internet kunnen volgen.¹¹² Wanneer een vordering, al dan niet gepaard met een tegenvordering, leidt tot een te ingewikkelde procedure, kan de rechter de zaak overigens naar de gewone procedure verwijzen.¹¹³ De ambtelijke werkgroep wordt op dit punt gesteund door de Commissie-Deetman, die bepleit dat dergelijke zaken zouden moeten worden doorgeleid naar een meervoudige (civiele) kamer om te voorkomen dat deze zaken blijven liggen en om te verzekeren dat kantonzaken op snelle wijze worden afgedaan.¹¹⁴

De voorstellen van de ambtelijke werkgroep worden op deze punten nadrukkelijk gesteund door de CCA.¹¹⁵ De Commissie waarschuwt echter dat met name voor ouderen en allochtonen hulp van het Juridisch Loket wenselijk is bij het invullen van het elektronische formulier.¹¹⁶ Ook de Raad voor de Rechtspraak ondersteunt de elektronische inleiding van de procedure door de eiser. De Raad ziet wel problemen voor die gevallen waarin de griffie de elektronisch ingediende vordering per post aan verweerder zendt en de oproeping niet kan worden bezorgd of, ondanks het onderzoek door de griffie in het GBA-register, wordt teruggezonden wegens onjuiste adressering. De Raad merkt in dit verband op dat uit onderzoek is gebleken dat in Amsterdam 15% van de bewoners niet of onjuist vermeld zijn in het GBA-register, en dat dit in andere grote steden niet anders zou zijn. De Raad voor de Rechtspraak meent dat in dergelijke gevallen de eenvoudige procedure moet worden beëindigd.¹¹⁷ In zijn advies uit 2004 stelde hij al dat indien de dagvaarding vervangen zou worden door een verzoekschrift – hetgeen bij de elektronische inleiding uiteraard ook het geval zou zijn – dit gepaard zou moeten gaan met een

¹⁰⁷ Ministerie van Justitie 2006, p. 16.

¹⁰⁸ Ministerie van Justitie 2006, p. 9, 17-18.

¹⁰⁹ Ministerie van Justitie 2006, p. 18.

¹¹⁰ Ministerie van Justitie 2006, p. 18.

¹¹¹ Ministerie van Justitie 2006, p. 18.

¹¹² Ministerie van Justitie 2006, p. 18.

¹¹³ Ministerie van Justitie 2006, p. 8.

¹¹⁴ Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie 2006, p. 31-32.

¹¹⁵ CCA-advies 2007, p. 42.

¹¹⁶ CCA-advies 2007, p. 38-39, 46.

¹¹⁷ Raad voor de Rechtspraak 2007a, p. 5.

uitbreiding van de mogelijkheid tot het aantekenen van verzet tegen een in eerste aanleg gewezen verstekvonnis.¹¹⁸ De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands procesrecht gaat niet primair uit van een elektronische inleiding van het geschil, maar van een via de griffie te verlopen verzoekschrift. Zij komt echter tot soortgelijke voorstellen ten aanzien van die procedure.¹¹⁹ Meer in het bijzonder voor de eenvoudige procedure bepleit zij aansluiting bij het op dat moment aanhangige Europese voorstel voor een small claims procedure, inclusief de invoering van een vereenvoudigde manier van procesinleiding.¹²⁰

4.3.4 DE INHOUD VAN DE EENVOUDIGE PROCEDURE

De eenvoudige procedure zou vooral ten aanzien van de procedurele voorwaarden moeten afwijken van de gewone dagvaardingsprocedure. Het verst daarin gaan de ondernemersleden van de CCA: zij stellen voor om, in navolging van de Europese small claims procedure, de processuele waarborgen voor vorderingen tot € 2000 beperkt te houden tot fundamentele beginselen als hoor en wederhoor. Bij vorderingen tussen € 2000 en € 5000 zouden de waarborgen wat meeromvattend moeten zijn en zouden rechter en griffie proactiever moeten optreden door het sturen van herinneringen of het opnemen van telefonisch contact met partijen bij dreigende termijnoverschrijding, veroordelingen in de proceskosten en een beperkte mogelijkheid van verzet en hoger beroep.¹²¹ De voorstellen van de ambtelijke werkgroep komen ten aanzien van geldvorderingen en vorderingen tot nakoming met een geldelijke waarde tussen de € 2000 en € 5000 in grote lijnen overeen met die van de ondernemersleden van de CCA. Voor dergelijke vorderingen dient in beginsel een comparitie van partijen te worden gehouden, zij het dat dergelijke comparities korter kunnen zijn en dat ook telehoren mogelijk moet zijn.¹²² Voor vorderingen met een kleinere geldelijke waarde zou een mondelinge behandeling alleen plaats moeten vinden op verzoek van partijen of wanneer de rechter dit gewenst acht. De verweerder dient echter in de gelegenheid te worden gesteld om

¹¹⁸ Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 9-10.

¹¹⁹ Vgl. Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 100, 108. De Commissie pleitte reeds in haar interim-rapport voor de vervanging van de dagvaarding door een verzoekschrift, in te dienen ter griffie, waarna de griffie een afschrift daarvan per gewone post zou moeten zenden aan de wederpartij. In haar eindrapport houdt de Commissie aan dit voorstel vast. De kosten voor verzending van de stukken via de griffie en de daarmee verbonden personeelskosten zouden doorberekend moeten worden aan partijen, maar zullen volgens de Commissie 'zeker niet hoger zijn dan de kosten voor de betekening door een deurwaarder'. De kans dat een processtuk de wederpartij niet bereikt, acht de Commissie niet groter dan bij betekening ervan wanneer die betekening niet in persoon geschiedt. Wanneer partijen hiermee instemmen, wil de Commissie ook toezending van het verzoekschrift per e-mail of fax toestaan, terwijl zij voorziet dat met de technologische ontwikkelingen ook elektronische indiening van het verzoekschrift tot de mogelijkheden zal gaan behoren. Het gebruik van een standaardformulier wil de Commissie alleen toestaan in geschillen over identieke, periodieke betalingen, omdat het daarbij voornamelijk zal gaan om *repeat players*, zodat niet voor een herhaling van de negatieve ervaringen met het dagvaardingsformulier behoeft te worden gevreesd. Zie Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 95-100.

¹²⁰ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 108-109.

¹²¹ CCA-advies 2007, p. 42-43.

¹²² Ministerie van Justitie 2006, p. 20.

mondeling verweer te voeren.¹²³ Dat is ook het standpunt van de consumentleden en de kroonleden van de CCA.¹²⁴ De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht is zelfs van oordeel dat bij de eenvoudige procedure een mondelinge behandeling de voorkeur verdient boven schriftelijke afdoening.¹²⁵ Zij wordt daarin naar eigen zeggen gesteund door de Consumentenbond.¹²⁶ De Raad voor de Rechtspraak stelt echter dat het geringe belang van de zaak in vergelijking tot de hoge kosten die een comparitie met zich brengt, het beperkte nut van de comparitie omdat veel informatie ook schriftelijk kan worden verstrekt, en de beperkte schikkingsbereidheid van partijen tijdens de comparitie omdat de reeds gemaakte proces- en invorderingskosten veelal een substantieel onderdeel van het geschil vormen, meebrengt dat in zaken met een financieel belang tot € 2000 in de regel geen comparitie zou moeten plaatsvinden.¹²⁷ Gezien het feit dat het overgrote deel van de (thans) door de kantonrechters behandelde zaken vorderingen tot € 2000 betreffen,¹²⁸ betekent dat in de visie van de Raad voor de Rechtspraak in de meeste consumentenzaken in de praktijk geen mondelinge behandeling zou moeten plaatsvinden. Het feit dat partijen rechtstreeks contact met de rechter als waardevol ervaren en het feit dat een mondelinge behandeling van het geschil de acceptatie van de uitspraak en het gevoel van procedurele rechtvaardigheid vergroot,¹²⁹ doen daaraan kennelijk niet af. Dat is opmerkelijk als wordt bedacht dat bij de bij De Geschillencommissie aangesloten geschillencommissies in beginsel in alle zaken een mondelinge behandeling plaatsvindt, terwijl het financieel belang van de door hen beslechte zaken gemiddeld nog geen € 2200 bedraagt.¹³⁰ Als het voorstel van de Raad voor de Rechtspraak gevolgd zou worden, zou er op dit punt dus een belangrijk feitelijk verschil blijven bestaan tussen de procedure bij de rechter en die bij de geschillencommissie.

Ten aanzien van het bewijsrecht zijn vooral de voorstellen van de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht opmerkelijk.¹³¹ Haar voorstellen dienen ertoe te leiden dat de behandeling van het geschil zal kunnen plaatsvinden in een informele context. De Commissie stelt onder meer voor om het formele bewijsrecht buiten toepassing te laten bij de eenvoudige procedure.¹³² Ook ten aanzien van niet onder de eenvoudige procedure vallende

¹²³ Ministerie van Justitie 2006, p. 18.

¹²⁴ CCA-advies 2007, p. 43.

¹²⁵ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 108.

¹²⁶ Zie Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 106.

¹²⁷ Raad voor de Rechtspraak 2007a, p. 7.

¹²⁸ Zie Raad voor de Rechtspraak 2007a, p. 2-3.

¹²⁹ Deze voordelen van een mondelinge behandeling worden door de Raad wel onderkend, zie Raad voor de Rechtspraak 2007a, p. 7.

¹³⁰ Zie CCA-advies 2007, p. 33.

¹³¹ Voorstellen van de ambtelijke werkgroep ontbreken op dit punt omdat, zoals de werkgroep stelt, het bestaande burgerlijk procesrecht behoudens enkele knelpunten als de inleidende dagvaarding voldoende aanknopingspunten biedt voor vereenvoudiging van de toegang tot de rechter, zie Ministerie van Justitie 2006, p. 6.

¹³² Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 108-109.

geschillen stelt de Commissie vergaande wijzigingen van het bewijsrecht voor. In haar interim-rapport gaf de Commissie aan dat schriftelijke, onbeëdigde verklaringen van getuigen die zijn afgelegd in aanwezigheid van partijen als getuigenverklaring dienen te worden beschouwd, zij het dat op verzoek van een der partijen een dergelijke getuige alsnog door de rechter gehoord kan worden. Bovendien zou de rechter in overleg met partijen getuigen moeten kunnen selecteren op basis van een vooraf door de partijen overgelegde verklaring van de getuigen.¹³³ In het eindrapport voegt de Commissie daaraan toe dat een verzoek tot getuigenverhoor toegelicht zou moeten worden door de verzoekende partij, op basis waarvan de rechter het verzoek gemotiveerd zou kunnen afwijzen.¹³⁴

In het eindrapport handhaaft de Commissie deze voorstellen, maar voegt zij daar nog twee belangrijke punten aan toe. In de eerste plaats stelt de Commissie voor om voor eenvoudige zaken reeds bij de mondelinge behandeling, bijv. tijdens de comparitie na antwoord,¹³⁵ getuigen mee te brengen en deze te horen. Hierdoor zou de duur van de procedure in dergelijke zaken versneld kunnen worden. Voorts stelt de Commissie voor om een praktijk te stimuleren waarbij in de schriftelijke stukken bij elke feitelijke stelling of samenstelsel van stellingen aan te geven met welke bewijsmiddelen die partij het bewijs van de stelling(en) denkt te leveren, bijv. door opgave van de relevante getuige(n). De Commissie merkt in dit verband op dat zulks op grond van het bepaalde in art. 85 Rv reeds praktijk is ten aanzien van schriftelijke bewijsstukken.¹³⁶ Ten aanzien van het toelaten van onbeëdigde schriftelijke verklaringen van in aanwezigheid van partijen gehoorde getuigen als getuigenverklaringen wordt de Commissie ten aanzien van de eenvoudige procedure bijgevallen door de Raad voor de Rechtspraak. De Raad stelt daarnaast voor om de rechter het recht te geven het houden van een getuigenverhoor te weigeren indien duidelijk is dat het houden ervan niets bijdraagt aan het bewijs.¹³⁷ De Hoge Raad staat inmiddels schriftelijke verklaringen van (potentiële) getuigen ook al toe als bewijsmiddel; het is aan de rechter om dit bewijs te beoordelen.¹³⁸

Vrij algemeen is op de opvatting dat van dure bewijsmiddelen als het getuigenverhoor en het deskundigenbericht een terughoudend gebruik moet worden gemaakt, met name bij kleine vorderingen.¹³⁹ De CCA legt de nadruk op de wens om de procedure snel af te handelen. Zij stelt een maximale duur van zes maanden voor de gehele procedure voor, omdat het noemen van een dergelijke termijn partijen een indicatie geeft van de maximale duur van de procedure en een positieve invloed

¹³³ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 88.

¹³⁴ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 90.

¹³⁵ Waar dat thans al mogelijk is, zie art. 232 lid 2 Rv.

¹³⁶ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 90-93.

¹³⁷ Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 11.

¹³⁸ HR 19 december 2003, NJ 2004, 151 (Van Mierlo/gem. Astén); Asser 2009, p. 32.

¹³⁹ Zie bijv. Ministerie van Justitie 2006, p. 19-20; CCA-advies 2007, p. 43.

kan uitoefenen op het gerecht om de procedure te bespoedigen.¹⁴⁰ Dat betekent noodgedwongen dat het gebruik van tijdrovende bewijsmiddelen als getuigenverhoor en deskundigenberichten tot een minimum zal moeten worden teruggebracht.

Om misbruik van de eenvoudige procedure te voorkomen zouden volgens de CCA onserieuze vorderingen door de rechter of de griffie niet-ontvankelijk moeten kunnen worden verklaard. Ook de griffiekosten zouden moeten worden gezien als een redelijke drempel om al te lichtvaardig gebruik van de eenvoudige procedure te voorkomen, zonder dat daarbij de kosten voor het gebruik van de procedure zo hoog zouden mogen worden dat deze kosten in de weg staan aan het gebruik van de procedure.¹⁴¹

4.3.5 DE PROCESKOSTEN EN DE PROCESKOSTENVEROORDELING

In geen van de genoemde initiatieven wordt een voorstel gedaan voor een fundamenteel andere benadering van de huidige regeling inzake proceskosten voor het geval een van de partijen een consument is. De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht merkt in haar interim-rapport wel op dat overwogen zou moeten worden om de reeds bestaande mogelijkheid omodeloos aangewende of veroorzaakte proceskosten voor rekening te laten komen van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte,¹⁴² uit te breiden.¹⁴³

Dit pleidooi wordt door de Raad voor de Rechtspraak met scepsis ontvangen: de Raad stelt dat een dergelijke wijziging zou kunnen meebrengen dat het geschil over de processuele houding van partijen het daadwerkelijke, onderliggende geschil zou kunnen overschaduwen. Volgens de Raad zouden de bestaande regels daarom volstaan om ongewenst procesgedrag te sanctioneren.¹⁴⁴ Wel zou volgens de Raad voor de Rechtspraak kunnen worden overwogen om het liquidatietarief te verhogen, een (hoge) forfaitaire proceskostenveroordeling in te voeren, of te kiezen voor een veroordeling in de daadwerkelijke proceskosten.¹⁴⁵ In haar eindrapport handhaaft de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht haar standpunt, maar beveelt zij nader onderzoek aan naar de effecten van de verschillende vormen van kostenveroordeling.¹⁴⁶ Het zal duidelijk zijn dat zeker de voorstellen van de Raad voor de Rechtspraak de in de paragrafen 3.5.4 en 3.5.5 gesignaleerde problemen voor consumenten niet zullen ondervangen en eerder contraproductief zouden zijn.

¹⁴⁰ CCA-advies 2007, p. 44-45. De CCA verwijst hierbij naar haar op dit punt gelijklopende advies over de Europese small claims procedure.

¹⁴¹ CCA-advies 2007, p. 44.

¹⁴² Zie art. 237 lid 1, laatste zin, Rv.

¹⁴³ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 57.

¹⁴⁴ Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 11.

¹⁴⁵ Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 11.

¹⁴⁶ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 58-59.

Opmerkelijk is de positie van de CCA. In het voorstel in de ontwerp-verordening voor een Europese small claims procedure was opgenomen dat de consument bij verlies van de procedure niet zou kunnen worden veroordeeld tot vergoeding van de proceskosten van de wederpartij. In zijn advies uit 2006 over dit voorstel geeft de CCA aan dat dit het ‘eerste en grootste voordeel van de Europese procedure voor de consument’ is.¹⁴⁷ In de definitieve versie van de verordening is, zoals in par. 4.2 is aangegeven, echter bepaald dat ook bij de small claims procedure de verliezende partij de proceskosten van de wederpartij dient te vergoeden, zij het dat onnodig gemaakte kosten of kosten die niet in verhouding staan tot de vordering, niet voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁴⁸ In zijn advies uit 2007 lijkt de CCA zich hierbij neer te leggen: in dit advies over de *nationale* procedure voor eenvoudige civiele zaken stelt de CCA dat de invoering van de eenvoudige procedure geen verandering mee zou moeten brengen ten aanzien van de proceskosten-veroordeling. De CCA constateert terecht dat de Nederlandse rechter als algemene regel een belangenafweging hanteert en dat de verliezer van een procedure veroordeeld kan worden tot het betalen van (een deel van) de kosten van de wederpartij, inclusief de kosten van de wederpartij voor rechtsbijstand, ook als de partij zelf geen advocaat heeft ingeschakeld. De Commissie vervolgt dan:

‘Bij consumentengeschillen betekent dit in veel gevallen concreet dat de consument niet in de kosten van de rechtsbijstand van de ondernemer wordt veroordeeld en ook zelf geen aanspraak op vergoeding van eventueel gemaakte kosten kan maken.’¹⁴⁹

In de paragrafen 3.5.4 en 3.5.5 is evenwel gebleken dat de consument die de procedure verliest, nu juist wel veroordeeld wordt tot vergoeding van de advocatenkosten van de wederpartij, ook als die partij zelf geen rechtsbijstand had of gebruik maakte van gefinancierde rechtsbijstand. Het lijkt er dan ook op dat de CCA hier de door haar gewenste en de feitelijke situatie verwacht. Dat neemt overigens niet weg dat, zoals de CCA ook terecht opmerkt, invoering van de eenvoudige procedure zal leiden tot een kostenbesparing voor partijen omdat de procedure elektronisch kan worden ingeleid, geen deurwaarder behoeft te worden ingeschakeld voor het uitbrengen van een dagvaarding, minder kosten zullen worden gemaakt ten aanzien van kostbare bewijsmiddelen en partijen door de eenvoud van de procedure mogelijk in meer gevallen zullen afzien van het inroepen van rechtsbijstand.¹⁵⁰ De omvang van de kosten, en daarmee de omvang van het risico van een proceskosten-veroordeling, worden hierdoor geringer.

¹⁴⁷ CCA-advies 2006, p. 8.

¹⁴⁸ Vgl. art. 16 Small claims verordening; zie voorts de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet, Bijl. Handelingen II 2007/08, 31 596, nr. 3, p. 7.

¹⁴⁹ CCA-advies 2007, p. 46.

¹⁵⁰ CCA-advies 2007, p. 47.

Tot op heden heeft de wetgever ervan afgezien een voorstel in te dienen ter invoering van een eenvoudige procedure voor eenvoudige geschillen. De verhoging van de competentiegrens van de kantonrechter zal voor geschillen die thans nog tot de competentie van de sector civiel behoren, in veel gevallen wel tot een verlaging van de kosten van de procedure leiden, omdat partijen niet langer gehouden zijn procesvertegenwoordiging in te schakelen en bovendien de gedaagde partij geen griffierechten behoeft te betalen indien zij verweer voert of een reconventionele vordering instelt.¹⁵¹

De beide wetsvoorstellen – tot verhoging van de competentiegrens en tot invoering van een nieuw stelsel voor griffierechten brengen echter uitdrukkelijk geen verandering in de bestaande proceskostenveroordeling.¹⁵² Dat heeft, zoals de Minister van Justitie ook opmerkt, uiteraard tot gevolg dat de verhoging van het griffierecht voor rechtspersonen ook consequenties kan hebben voor natuurlijke personen en onvermogene natuurlijke personen indien deze de procedure verliezen, aangezien zij in dat geval de hogere griffierechten moeten vergoeden. De minister acht de verhoging echter van zo beperkte aard dat consumenten niet ‘aanzienlijk slechter af zijn dan zij nu zouden zijn op basis van het huidige griffierechtenstel’. Bovendien zou de gedachte dat de verliezer de proceskosten van de winnaar vergoedt, een algemeen aanvaard uitgangspunt zijn en dat de griffierechten slechts een deel vormen van die proceskosten.¹⁵³ Op grond hiervan acht de minister het ook gerechtvaardigd dat een consument die de procedure verliest, een griffierecht zal moeten vergoeden dat aanmerkelijk hoger ligt dan het griffierecht dat hij zelf zou moeten betalen.¹⁵⁴ Slechts wanneer sprake is van een (familie)relatie tussen partijen, partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld of er nodeloze kosten zijn gemaakt, kan hiervan volgens het bepaalde in art. 237 Rv worden afgeweken. Hij merkt daarbij op dat griffierechten vrijwel nooit zullen worden aangemerkt als nodeloze kosten, omdat zij voorwaarde zijn om de procedure te kunnen voeren. Deze kosten zullen dus vrijwel altijd moeten worden vergoed door de verliezende procespartij, aldus de Minister.¹⁵⁵

4.3.6 RECHTSMIDDELEN: HOGER BEROEP EN VERZET

De mogelijkheid om van een vonnis in hoger beroep te komen, heeft in het algemeen twee functies: enerzijds maakt zij controle op het werk van de eerste rechter mogelijk, anderzijds biedt zij de partij die door de eerste rechter in het ongelijk is

¹⁵¹ Zie art. 4 lid 2 van het voorstel voor de Invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken (Wet griffierechten burgerlijke zaken), *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 2; Nota naar aanleiding van het verslag, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 7, p. 11. Zie ook het huidige art. 2 lid 1 Wet tarieven in burgerlijke zaken.

¹⁵² Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag, *Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 6, p. 11-13.

¹⁵³ Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag, *Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 6, p. 11.

¹⁵⁴ Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag, *Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 6, p. 12-13.

¹⁵⁵ Nota naar aanleiding van het verslag, *Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 6, p. 13.

gesteld een herkansing om de zaak nog eens te laten beoordelen en aan beide partijen de mogelijkheid om hun stellingen aan te vullen of te wijzigen, of om fouten te herstellen.¹⁵⁶ De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht acht met name de eerste functie van het hoger beroep van belang. Deze controle moet voorkomen dat partijen het slachtoffer worden van fouten of vergissingen van de rechter en dient daarmee ook het algemeen belang dat rechtspraak de justitiabelen vertrouwen moet inboezemen.¹⁵⁷ In zijn advies uit 2004 stelt de Raad voor de Rechtspraak zich op het standpunt dat (ook) de herkansingsfunctie van het hoger beroep in beginsel behouden moet blijven. Dat neemt niet weg, aldus de Raad, dat overwogen kan worden om hoger beroep alleen mogelijk te maken bij zaken met meer dan een beperkt belang, dan wel om het griffierecht in hoger beroep aanzienlijk te verhogen.¹⁵⁸

De Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht is juist vanuit het tegenovergestelde standpunt vertrokken. In het interim-rapport oppert de Commissie met het oog op de controlefunctie van het hoger beroep de gedachte dat het algemene appelverbod van art. 331 Rv voor vonnissen in zaken met een gering financieel belang – zoals de meeste consumentenzaken – zou moeten worden heroverwogen – of eigenlijk: afgeschaft. In haar eindrapport constateert de Commissie echter dat zij op dit punt geen steun heeft gekregen in de reactie op het interim-rapport. Integendeel, zoals hierboven aangegeven, werd veeleer gepleit voor een verdere verhoging van de appelgrens. In haar eindrapport stemt de Commissie daar mee in, mits deze verhoging gepaard zou gaan met een uitbreiding van de mogelijkheid voor de eerste rechter om kennelijke fouten en vergissingen te herstellen. De Commissie gaat daarin zover dat ook fouten die worden ontdekt na herbestudering van de processtukken en die eenvoudig te herstellen zijn, door de eerste rechter zouden moeten kunnen worden hersteld. Weigert de rechter de fout of vergissing te herstellen, dan zou hoger beroep of cassatie mogelijk moeten zijn.¹⁵⁹ In de voorstellen van de ambtelijke werkgroep, de beide adviezen van de Raad voor de Rechtspraak uit 2007 en het advies van de CCA uit datzelfde jaar wordt op deze suggestie niet ingegaan.

De ambtelijke werkgroep sluit zich in zijn eindrapport aan bij de eerste suggestie van de Raad voor de Rechtspraak om de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep te beperken door de appelgrens te verhogen van € 1750 naar € 2000.¹⁶⁰ De werkgroep wordt in dit opzicht bijgevalen door de CCA.¹⁶¹ De CCA gaat echter

¹⁵⁶ Vgl. Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 129-130.

¹⁵⁷ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 130, 176-177.

¹⁵⁸ Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 12.

¹⁵⁹ Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 131, 138-139, 148-149.

¹⁶⁰ Ministerie van Justitie 2006, p. 19.

¹⁶¹ CCA-advies 2007, p. 43. Navraag bij de CCA heeft mij geleerd dat de CCA heeft bedoeld om de verhoging van de appelgrens ook te laten gelden voor vorderingen die onder de dagvaardingsprocedure vallen.

nog verder: voor die zaken waar hoger beroep nog wel toegelaten is, zou dat hoger beroep volgens de CCA alleen betrekking moeten hebben op de vraag of het recht, inclusief het procesrecht, juist is toegepast; *daaropvolgend* hoger beroep zou moeten worden uitgesloten.¹⁶² De procedure zou dus tot maximaal twee instanties beperkt moeten blijven, waarbij de tweede rechter zich in feite als cassatierechter zou moeten gedragen. Navraag bij de CCA leert dat zij in het midden laat of dit ‘hoger beroep’ bij het gerechtshof of bij de Hoge Raad plaats zou moeten vinden.

Een ander type probleem betreft de vraag of de wederpartij voldoende op de hoogte is van een vordering om zich er tegen te kunnen verweren. In dit verband wordt veelal gesteld dat het gebruik van de verzoekschriftprocedure minder waarborgen biedt dan de dagvaardingsprocedure. Om deze reden stelt de Raad voor de Rechtspraak al in zijn advies uit 2004 dat indien de dagvaarding vervangen worden door een verzoekschrift – hetgeen bij de elektronische inleiding uiteraard ook het geval zou zijn – dit gepaard zou moeten gaan met een uitbreiding van de mogelijkheid tot het aantekenen van verzet tegen een in eerste aanleg gewezen verstekvonnis.¹⁶³ In haar advies uit 2007 sluit de CCA zich hier in zoverre bij aan dat zij het noodzakelijk acht dat de mogelijkheid van verzet tegen een eventueel verstekvonnis in ieder geval behouden blijft.¹⁶⁴

De voorgestelde Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie en wetsvoorstel tot invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken bevatten geen voorstellen met betrekking tot de mogelijke beperking van de mogelijkheid om in hoger beroep te komen of in verzet te gaan.

4.4 Evaluatie van de gedane voorstellen tot wijziging van de kantonprocedure

In deze paragraaf zal worden gezien of de voorstellen die gedaan zijn tot wijziging van de competentiegrens van de kantonrechter en de mogelijke invoering van een afzonderlijke procedure voor eenvoudige geschillen of ter verbetering van de kantonprocedure zullen leiden tot een verbetering van de toegang van consumenten tot het recht. Daarbij zal worden gezien of en in welke mate de voorstellen tegemoet komen aan de problemen die in hoofdstuk 3 zijn gesignaleerd.

¹⁶² CCA-advies 2007, p. 43-44.

¹⁶³ Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 9-10.

¹⁶⁴ CCA-advies 2007, p. 45-46.

4.4.1 ONBEKENDHEID MET MOGELIJKHEID GESCHILBESLECHTING DOOR BURGERLIJKE RECHTER

In geen van de voorstellen is ingegaan op de eventuele onbekendheid van consumenten met de mogelijkheid om een geschil ter beslechting aan de gewone rechter voor te leggen. Een verbetering van deze bekendheid door middel van wet- of regelgeving is ook niet goed denkbaar. Veeleer is hier een taak weggelegd voor voorlichting, bijv. door Consuwijzer en het Juridisch Loket. Dat speelt met name in die gevallen waarin consumenten als *eiser* zouden optreden: zoals in par. 3.1 al is opgemerkt, treedt de consument in procedures bij de burgerlijke rechter vooral op als gedaagde. Als zodanig is hij door de dagvaarding of het Nederlandse verzoekschrift al op de hoogte gebracht van het bestaan van de rechter als geschilbeslechter.

4.4.2 TAAL, TAALGEBRUIK EN FORMALITEITEN BETREFFENDE DE PROCEDURE

De voorgestelde Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie zal ertoe leiden dat de meeste geschillen waar consumenten bij betrokken zijn, tot de competentie van de kantonrechter zullen behoren. Dat biedt op dit punt voordelen, omdat kantonrechters gewend zijn aan de behandeling van zaken waarbij partijen zonder procesvertegenwoordiging optreden en daardoor mogelijk zowel tijdens de schriftelijke fase als tijdens de mondelinge behandeling wat minder formalistisch optreden dat gebruikelijk is bij een procedure bij de sector civiel van de rechtbank.¹⁶⁵

Dat neemt niet weg dat ook een kantonprocedure voor een consument een formeel karakter draagt, dat daarbij gebruik wordt gemaakt van soms ingewikkeld taalgebruik en formeel overkomende procesregels, en dat de behandeling van de procedure plaats vindt in een voor veel consumenten imponerende omgeving. De thans aanhangige wetsvoorstellen zullen daar niets aan kunnen veranderen. De invoering van een eenvoudige procedure voor eenvoudige geschillen, zoals voorgesteld door de ambtelijke werkgroep, kan hier wel een bijdrage aan leveren. Een belangrijk winstpunt in dit verband zou het terugdringen van kostbare en tijdrovende bewijsmiddelen als getuigenbewijs en deskundigenbericht, waarmee de procedure zowel korter als goedkoper wordt. Hierdoor zou de procedure wat informeler van aard kunnen worden, waarmee het afschrikwekkende karakter van een gerechtelijke procedure wat minder zwaar zou kunnen wegen. Ook de voorgestelde elektronische inleiding van de procedure en de doorzending van het verzoekschrift aan de ver-

¹⁶⁵ Opmerking verdient overigens dat met name tijdens comparities ook in de sector civiel minder krampachtig wordt omgegaan met de veronderstelde lijdelijkheid van de rechter dan in het verleden wel het geval lijkt te zijn geweest. Dat komt ook doordat de rechter op grond van het huidige burgerlijk procesrecht al veel bevoegdheden heeft om onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen en om partijen (feitelijk) te dwingen hun stellingen toe te lichten of om bepaalde bescheiden te overleggen en omdat hij gehouden is ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, zie art. 20, 22, 24, 25 en 133 Rv.

werende partij zou daaraan kunnen bijdragen. Dat geldt zeker ook voor de voorstellen van de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht.¹⁶⁶ In het bijzonder zijn – ook wanneer de wetgever niet zou overgaan tot invoering van een afzonderlijke procedure ter beslechting van eenvoudige geschillen – interessant de in het eindrapport van deze Commissie naar voren gebrachte gedachten over het getuigenverhoor tijdens de mondelinge behandeling van het geschil en het stimuleren van de praktijk dat feitelijke stellingen zoveel mogelijk met het aangeven van bewijsmiddelen dienen te worden ondersteund. Ten aanzien van het laatste past wel een kanttekening: wanneer partijen zonder rechtsbijstand procederen, zullen ze veelal niet op de hoogte zijn van een dergelijke verplichting. Het nalaten van het aangeven van een dergelijke onderbouwing zou dan ook niet mogen betekenen dat die partij de onderbouwing niet meer tijdens de mondelinge behandeling zou mogen doen. Als dat wel het geval zou zijn, zou de kantonprocedure in plaats van minder formeel, juist formeler van aard worden.

4.4.3 VERPLICHTING TOT VOORAFGAANDE COMMUNICATIE, KLACHT-PLICHT EN KLAAGTERMIJNEN

In par. 3.3 is uitgebreid stilgestaan bij de klachtplicht die krachtens art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW rust op een schuldeiser die niet tevreden is met de door de schuldenaar geleverde prestatie. Daarbij is aangegeven dat het feit dat de schuldeiser – hier: de consument – volgens de Hoge Raad¹⁶⁷ moet stellen en bewijzen dat hij tijdig heeft geklaagd, een ernstig struikelblok voor consumenten vormt, onder meer omdat klachten veelal eerst mondeling worden geuit en daarvan geen of weinig bewijs voorhanden is en eventueel partijgetuigenbewijs in de praktijk door de verkoper of dienstverlener eenvoudig te ontkrachten is, desnoods door een meinedige partijgetuigenverklaring. Mijns inziens stelt de Hoge Raad op dit punt veel te hoge eisen aan de klachtplicht van de schuldeiser, zeker indien deze een particulier is die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt.¹⁶⁸ Helaas wordt in geen van de voorstellen ingegaan op dit probleem voor de consument-schuldeiser.

4.4.4 DUUR VAN DE PROCEDURE

De thans aanhangige wetsvoorstellen bevatten geen regeling ten aanzien van het bewijsrecht of de mogelijkheid tot beperking van het hoger beroep. Dat betekent ook dat deze voorstellen op dit punt niet zullen leiden tot een verkorting van de procedure bij de burgerlijke rechter.

¹⁶⁶ Zie in het bijzonder Commissie Fundamentele herbezinning 2006, p. 90-93.

¹⁶⁷ Zie HR 23 november 2007, NJ 2008, 552 (*Ploum/Smeets en Geelen Tankstations BV*), waarover kritisch Tamboer 2008, p. 223-224.

¹⁶⁸ Zo ook Tamboer 2008, p. 223.

De voorstellen van de ambtelijke werkgroep en de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht tot terughoudendheid bij het gebruik van kostbare bewijsmiddelen als getuigenbewijs en deskundigenbericht en tot het inperken van de mogelijkheid tot hoger beroep zouden wel kunnen leiden tot een aanmerkelijke verkorting van de totale procesduur en daarmee tegemoet komen aan een belangrijk probleem dat consumenten ondervinden indien zij een klacht aan de burgerlijke rechter zouden willen voorleggen.¹⁶⁹ De wens van de CCA om voor de in te voeren eenvoudige procedure een maximale termijn van zes maanden te laten gelden, betekent uiteraard noodgedwongen ook dat het gebruik van dergelijke tijdrovende bewijsmiddelen tot een minimum zal moeten worden teruggebracht. Het lijkt mij echter, net als bij de Europese small claims procedure, onwenselijk om een dergelijke maximumtermijn verplicht te stellen, omdat zij de rechter vrijwel iedere mogelijkheid ontnemt tot een mondelinge behandeling, getuigenverhoor of deskundigenbericht, ook in die gevallen waarin het gebruik van een dergelijke instrument noodzakelijk is voor een beslissing die voldoet aan de minimale eisen van een zorgvuldige beslissing. Een en ander geldt te meer indien het volgende voorstel van de CCA uitgevoerd zou worden, omdat de procedure bij de kantonrechter dan ook buiten het geval van vorderingen beneden de appelgrens de laatste feitelijke instantie zou zijn.

De CCA stelt namelijk ten aanzien van de mogelijkheid voor hoger beroep en cassatie in consumentenzaken voor om voor die zaken waar hoger beroep nog wel toegelaten is, dit te beperken tot de vraag of het recht, inclusief het procesrecht, juist is toegepast.¹⁷⁰ Dit standpunt van de CCA brengt mee dat ook in vorderingen boven de appelgrens in consumentenzaken in feite alleen cassatieberoep mogelijk is (of dat nu plaatsvindt bij de Hoge Raad of het gerechtshof). Het voorstel van de CCA ontnemt het hoger beroep voor consumentenzaken daarmee zijn herkansingsfunctie. Gezien het eerdere commentaar van de Raad voor de Rechtspraak op minder vergaande voorstellen in het interim-rapport van de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht,¹⁷¹ zal dit voorstel ongetwijfeld controversieel zijn. Dat neemt niet weg dat het voorstel van de CCA verdient om serieus te worden genomen. In consumentengeschillen gaat het om betrekkelijk¹⁷² geringe financiële belangen, zodat het aanwenden van rechtsmiddelen al snel disproportioneel zal zijn ten opzichte van het betrokken belang – simpel gezegd: de kosten voor het inschakelen van rechtsbijstand zullen al snel de hoogte van de vordering benaderen. Het toestaan van hoger beroep is in die situatie in de praktijk beperkt tot partijen met diepe zakken, omdat het proceskostenrisico nave-

¹⁶⁹ Het voorstel van de Raad voor de Rechtspraak (Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 9-10) en de CCA (CCA-advies 2007, p. 45-46) om de mogelijkheid om in verzet te komen tegen een verstekvonnis te handhaven of zelfs uit te breiden, zou daar uiteraard juist geen bijdrage aan leveren.

¹⁷⁰ CCA-advies 2007, p. 43-44.

¹⁷¹ Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 12.

¹⁷² 'betrekkelijk' in relatie tot de kosten van een procedure: voor een individu is een bedrag van € 25.000 uiteraard geen gering bedrag.

nant stijgt.¹⁷³ Veel consumenten zouden daardoor niet of nauwelijks in staat zijn om in hoger beroep op te treden, zelfs niet indien zij de procedure in eerste aanleg hebben gewonnen. Dat zou kunnen betekenen dat het hoger beroep effectief kan worden gebruikt om de wederpartij ‘kapot te procederen’. Bovendien ‘loont’ een hoger beroepsprocedure voor ondernemers sneller, omdat zij als *repeat player* bij volgende conflicten met consumenten mogelijk kunnen wijzen op een eerdere beslissing van de hogere rechter in een soortgelijke procedure. Zo bezien is het aantrekkelijk om het aantal ‘beroepsinstanties’ in consumentengeschillen (steeds) te beperken tot één, en om dat beroep te beperken tot rechtsvragen en mogelijke schendingen van het recht. In een dergelijk geval ligt het wel voor de hand om het ‘hoger beroep’ dan te laten plaatsvinden in de vorm van cassatieberoep bij de Hoge Raad: cassatierechtspraak is immers nu juist bedoeld is om rechtsvragen te beantwoorden en de Hoge Raad in staat te stellen om zowel de rechtseenheid en de kwaliteit van de uitspraken van de lagere rechters te bewaken als rechtsvormend op te treden.

4.4.5 KOSTEN PROCEDURE

De ‘enkele’ uitbreiding van de competentie van de kantonrechter zal in geschillen die nu nog tot de competentie van de sector civiel van de rechtbank behoren, tot een verlaging van de kosten van de procedure leiden. De verhoging van de competentiegrens van de kantonrechter zal er immers toe leiden dat consumenten en ondernemers in meer gevallen dan thans geen griffierechten behoeven te betalen: een partij die als gedaagde in een kantonprocedure optreedt, hoeft immers geen griffierechten te betalen wanneer hij verweer voert tegen de vordering.¹⁷⁴ De verhoging van de competentiegrens betekent dat dit voordeel voor meer gedaagden zal zijn weggelegd. Zij brengt voorts met zich dat zowel consumenten als ondernemers, ongeacht of zij als eiser of als gedaagde optreden, in dergelijke procedures niet verplicht zijn gebruik te maken van procesvertegenwoordiging, waardoor de door hen te maken kosten voor het voeren van een procedure beperkt kunnen blijven.

Het voorstel van de ambtelijke werkgroep, de Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht en de CCA tot invoering van een afzonderlijke procedure ter beslechting van eenvoudige geschillen zou op een aantal punten tot verdere verbetering kunnen leiden van de mogelijkheid voor consumenten om een geschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Door de elektronische inleiding van de procedure kunnen de kosten voor het uitbrengen

¹⁷³ Zie hierover ook de volgende paragraaf.

¹⁷⁴ Zie art. 4 lid 2 van het voorstel voor de Invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken (Wet griffierechten burgerlijke zaken), *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 2; Nota naar aanleiding van het verslag, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 7, p. 11. Zie ook het huidige art. 2 lid 1 Wet tarieven in burgerlijke zaken.

van een dagvaarding worden uitgespaard. Een beperking van het gebruik van kostbare bewijsmiddelen als getuigenbewijs en deskundigenbericht zou uiteraard ook tot lagere kosten voor partijen leiden.

In par. 3.5.4 is aangegeven dat de proceskosten en het bijbehorende risico van een proceskostenveroordeling voor de consument in de praktijk de grootste drempels vormen voor het voorleggen van geschillen aan de burgerlijke rechter. De consument kan, met name wanneer hij in persoon procedeert, zoals mogelijk is bij de kantonrechter, wel de hoogte van zijn eigen proceskosten beïnvloeden, maar niet of slechts in geringe mate de hoogte van de door de ondernemer gemaakte proceskosten. Indien de consument de procedure uiteindelijk verliest, dient hij de proceskosten van de ondernemer echter wel te vergoeden. De voorstellen van de Raad voor de Rechtspraak tot verhoging van het liquidatietarief of vervanging daarvan door een veroordeling in de daadwerkelijke proceskosten zouden vanuit het oogpunt van de verbetering van de toegang voor consumenten tot de rechter zelfs contraproductief zijn: verhoging van het liquidatietarief vergroot in dit verband de ongelijkheid tussen de niet van rechtsbijstand voorziene consument en de veelal wel van rechtsbijstand voorziene ondernemer.

Een complicerende factor is dat in geval de consument de procedure wint, het gebruik van het liquidatietarief voor hem juist ongunstig is, aangezien de consument daardoor niet zijn volledige proceskosten vergoed krijgt, zelfs niet wanneer de consument een inhoudelijk niet goed betwistbare vordering heeft – bijv. het recht op terugbetaling van de vooruitbetaalde koopprijs bij een tijdens de bedenktijd ontbonden koop op afstand. De voorstellen van de Raad voor de Rechtspraak zouden vanuit dit oogpunt gezien gunstig kunnen uitwerken voor de rechtzoekende consument. Dat zal met de voorstellen van de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands procesrecht alleen het geval zijn indien de ondernemer zich heeft verweerd tegen een nauwelijks te betwisten vordering – alleen in dat geval kan immers werkelijk gesproken van *odeloos* aangewende of veroorzaakte kosten. Wanneer het verweer van de ondernemer vruchteloos blijft, maar niet kansloos was, lijkt het instrument van art. 237 lid 1 laatste zin Rv voor de consument geen uitkomst te bieden: hij zal met een deel van zijn kosten blijven zitten.

In de aanhangige wetsvoorstellen wordt geen oplossing geboden voor het probleem van de proceskosten en het risico van een proceskostenveroordeling. Sterker nog, in de Nota naar aanleiding van het Verslag bij het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw griffierechtenstelsel maakt de Minister van Justitie duidelijk dat hij een aanpassing van de huidige proceskostenveroordeling juist ongewenst of in ieder geval niet nodig acht.¹⁷⁵ De minister stelt voorop dat een van de randvoorwaarden bij het opstellen van de nieuwe regeling van de griffierechten was dat de overheidsinkomsten uit de heffing van griffierechten op peil zouden blijven. Om de toegang

¹⁷⁵ Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag. *Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 6, p. 11-13.

van consumenten en in het bijzonder van onvermogende natuurlijke personen ook in het nieuwe griffierechtenstelsel te verzekeren, zijn de griffierechten voor natuurlijke personen zo laag mogelijk gehouden, vooral in eerste aanleg. Dit heeft er wel toe geleid dat de tarieven die worden geheven van rechtspersonen hoger liggen.¹⁷⁶ De verhoging van het griffierecht kan uiteraard ook consequenties voor natuurlijke personen en onvermogende natuurlijke personen hebben indien deze de procedure verliezen, zo merkt de minister op, aangezien zij in dat geval de hogere griffierechten moeten vergoeden. De minister acht de verhoging echter van zo beperkte aard dat consumenten niet ‘aanzienlijk slechter af zijn dan zij nu zouden zijn op basis van het huidige griffierechtenstel’.¹⁷⁷

Het bovenstaande betekent dat de beide wetsvoorstellen maar in zeer beperkte mate zullen bijdragen aan de oplossing van de belangrijkste drempels voor consumenten om een vordering in te stellen of om verweer te voeren. Weliswaar zullen de griffierechten in eerste instantie meevallen omdat de door natuurlijke personen als eiser in een kantonprocedure te betalen griffierechten beperkt zijn en van een verweer voerende gedaagde geen griffierechten worden geheven, ook niet als hij een reconventionele vordering instelt. Aan het probleem van de proceskostenveroordeling verandert dit echter niets. Dit betekent dat de consument moet blijven vrezen dat wanneer hij in het ongelijk zal worden gesteld, hij niet alleen zijn eigen kosten zal moeten dragen, maar ook de (geliquideerde) kosten die de wederpartij ter zake van rechtsbijstand heeft gemaakt. Bovendien zullen, zoals de Minister ook aangeeft, de door de ondernemer te betalen griffierechten veelal hoger zijn dan thans het geval is, zodat de proceskostenveroordeling zelfs nog iets hoger zal kunnen uitvallen dan thans het geval is, met name indien de ondernemer ervoor gekozen heeft zich wel te laten bijstaan door een advocaat.

Daar komt nog bij dat de huidige wetsvoorstellen niet voorzien in een beperking van de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep, maar dat wel voorzien is in een sterke verhoging van het bijbehorende griffierecht.¹⁷⁸ Dat besluit staat mijns inziens op gespannen voet met het beginsel van ‘equality of arms’. Voorzienbaar is immers dat ondernemers – die doorgaans kapitaalkrachtiger zijn dan consumenten – in de praktijk dan wel over een tweede instantie zouden beschikken, terwijl consumenten het, gezien het geringe financiële belang en het risico van een proceskostenveroordeling het bij één instantie zullen moeten laten. Zou de consument in eerste aanleg in het ongelijk zijn gesteld, is hoger beroep nauwelijks nog een serieuze optie; indien hij daarentegen in eerste aanleg in het gelijk zou zijn gesteld,

¹⁷⁶ Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel Wet griffierechten burgerlijke zaken, *Bijl. Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 6, p. 6, 11. Voor vorderingen waar thans van rechtspersonen een griffierecht van € 63 of € 90 wordt geheven zal op basis van het wetsvoorstel een bedrag van € 105 aan griffierecht worden geheven. Voor vorderingen van onbepaalde waarde wordt het griffierecht echter juist verlaagd tot € 105.

¹⁷⁷ Zie uitgebreid het slot van par. 4.35.

¹⁷⁸ Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag. *Handelingen II* 2008/09, 31 758, nr. 6, p. 13.

loopt hij het risico dat de wederpartij hem wederom in rechte zal betrekken, met het bijbehorende risico van een proceskostenveroordeling en, hoe dan ook, het feit dat zelfs bij herhaalde winst in de procedure hij een deel van de door hem te maken kosten niet vergoed zal krijgen. Daarbij geldt dat het risico van een proceskostenveroordeling in hoger beroep des te zwaarder weegt nu partijen dan verplicht zijn zich te laten bijstaan door een advocaat.¹⁷⁹ Zo gezien verdient het voorstel tot het afschaffen van de mogelijkheid van hoger beroep bij geschillen met een gering belang, en eventueel ook het beperken van beroepsmogelijkheden in andere geschillen, zoals voorgesteld door de CCA, de voorkeur.

4.5 Conclusie

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat noch de recente Europese betalingsbevelprocedure en de Europese small claims procedure, noch de Nederlandse wetsvoorstellen en initiatieven tot een afdoende verbetering van de toegang van consumenten tot de rechter zullen leiden.

Zowel de Europese betalingsbevelprocedure als de Europese small claims procedure is beperkt tot grensoverschrijdende geschillen. Zij zullen het voor zowel consumenten als ondernemers inderdaad eenvoudiger kunnen maken om in grensoverschrijdende gevallen te procederen. Het aantal grensoverschrijdende overeenkomsten, en daarmee vermoedelijk ook het aantal internationale consumentengeschillen, is echter slechts een fractie van het aantal zuiver nationale overeenkomsten. Dat betekent dat daadwerkelijke verbeteringen van de toegang van consumenten tot de rechter toch vooral (ook) de nationale procedure zouden moeten betreffen. Uit de paragrafen 4.3 en 4.4 blijkt echter dat de thans aanhangige wetsvoorstellen bij ongewijzigde vaststelling maar in zeer beperkte mate zullen leiden tot het wegnemen of verminderen van de problemen die consumenten ondervinden indien zij hun rechten tegenover een ondernemer willen (proberen) te effectueren. Weliswaar zal in meer gevallen dan nu voor de kantonrechter kunnen worden geprocedeerd, waardoor de procedure als geheel informeler zal zijn en bovendien de noodzaak tot het inschakelen van rechtsbijstand wordt verminderd. Wanneer de consument de procedure uiteindelijk verliest, zal hij evenwel nog altijd met een proceskostenveroordeling worden geconfronteerd. Hij zal dan gehouden zijn (een deel van) de advocatenkosten van de ondernemer te vergoeden, ook voor die gevallen waarin hij zelf geen rechtsbijstand had ingeschakeld. Wanneer hij de procedure wint, zal hij in de regel een deel van de eventueel door hem gemaakte advocatenkosten niet kunnen verhalen. Hij zal deze kosten in dat geval dus zelf moeten dragen. Het risico van een proceskostenveroordeling, met de bijkomende zekerheid dat hij zelfs bij winst een deel van zijn kosten zelf zal moeten

¹⁷⁹ Vgl. ook Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1441.

dragen, zal voor veel consumenten in de weg staan aan het effectueren van hun rechten. Dat zal waarschijnlijk nog in sterkere mate gelden voor consumenten die aangewezen zijn op gefinancierde rechtsbijstand, aangezien hun draagkracht navenant minder groot is en zij dus minder goed in staat zijn om een eventuele proceskostenveroordeling te dragen.

Vanuit het gezichtspunt van verbetering van de toegang voor consumenten tot de rechter zouden de voorstellen tot invoering van een afzonderlijke eenvoudige procedure voor eenvoudige geschillen uitgevoerd dienen te worden. Zij zouden de procedure bij de kantonrechter vereenvoudigen, met name ten aanzien van het bewijsrecht, waardoor de procedure ook sneller zou kunnen worden afgerond. Ook het voorstel tot elektronische inleiding van het geschil zou bijdragen aan het wegnemen van belemmeringen voor consumenten om geschillen aan de rechter voor te leggen. Daarbij zou ook de mogelijkheid tot hoger beroep moeten worden beperkt, in ieder geval door verhoging van de appelgrens, of – zoals wordt voorgesteld door de CCA – zelfs worden uitgesloten, met behoud van de mogelijkheid tot het instellen van cassatieberoep.

Van geheel andere orde is de noodzaak om de angel uit de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW te halen. De rechtspraak van de Hoge Raad verdient op dit punt heroverweging: zowel het feit dat de schuldeiser de stelplicht en de bewijslast draagt van het tijdig geklaagd hebben als de sancties bij het niet-tijdig geklaagd hebben – verval van alle rechten wegens tekortkoming, wegens een wilsgebrek en wegens onrechtmatige daad – zijn mijns inziens veel te vergaand, in ieder geval in die situaties waarin de schuldeiser een particulier is die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf. De klachtplicht is door de strikte invulling die de Hoge Raad hieraan heeft gegeven, van een nuttig instrument ter bestrijding van te traag optreden van de schuldeiser verworden tot een botte bijl ter bescherming van de gebrekkig gepresteerd hebbende verkoper of dienstverlener. Terwijl de verkoper of dienstverlener veelal een professionele partij is, is de teleurgestelde crediteur vaak juist een consument. De door de Hoge Raad aan de klachtplicht gegeven invulling veronachtzaamt mijns inziens te zeer de gedachte dat een consument veelal onwetend is van zijn rechten en plichten.¹⁸⁰

De conclusie moet dan ook zijn dat de thans aanhangige wetsvoorstellen de problemen die consumenten ondervinden bij de handhaving van hun rechten onvoldoende wegnemen. Navolging van de adviezen en rapporten van de ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie, Commissie Fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht, de Raad voor de Rechtspraak en de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad zou hier wel een – sterke – verbetering in kunnen aanbrengen, maar schiet

¹⁸⁰ Vgl. in dit verband ook uitgebreid Tamboer 2008, p. 223.

desalniettemin ook op punten aanmerkelijk te kort. De belangrijkste resterende problemen zijn dan nog de huidige proceskostenveroordeling en de invulling die de Hoge Raad heeft gegeven aan de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW.

5 Problemen bij het ondernemen van actie bij een geschillencommissie

In de vorige hoofdstukken is gebleken dat de consument diverse problemen ondervindt indien hij zijn rechten tegenover de burgerlijke rechter te gelde zou willen maken en dat deze problemen maar ten dele (kunnen) worden ondervangen door de onlangs ingevoerde Europese betalingsbevelprocedure en de Europese small claims procedure, de voorgestelde verhoging van de competentiegrens voor procedures bij de kantonrechter, en de voorstellen die gedaan zijn in de besproken adviezen en rapporten. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of de mogelijkheid voor consumenten om hun rechten te handhaven door inschakeling van een geschillencommissie misschien een betere optie is. De vraag is natuurlijk of dezelfde of soortgelijke problemen als de consument ondervindt bij de gang naar de burgerlijke rechter, dan (ook) opgeld doen.

In dit hoofdstuk ga ik in op de problemen die een consument ondervindt wanneer hij zijn rechten wil effectueren bij een geschillencommissie. Daarbij sluit ik aan bij de in hoofdstuk 3 geconstateerde problemen die consumenten ondervinden indien zij een vordering aan de burgerlijke rechter zouden willen voorleggen. Een laatste probleem is ten slotte dat een procedure bij een geschillencommissie lang niet altijd beschikbaar is (par. 5.6).

5.1 Onbekendheid met mogelijkheid geschilbeslechting door geschillencommissie

In par. 3.1 is al gememoreerd dat slechts 2 op de 3 consumenten bekend is met de mogelijkheid om een geschil voor te leggen aan de burgerlijke rechter. Uit het onderzoek van Nikkels e.a. 2008 blijkt dat het met de bekendheid van de geschillencommissies op dit punt beter gesteld is: 75% van de consumenten geeft aan hiervan op de hoogte te zijn.¹ Dat betekent echter wel dat nog altijd 1 op de 4 consumenten geen weet heeft van de mogelijkheid om een vordering bij een geschillencommissie in te stellen.

Bij de burgerlijke rechter wordt de betrekkelijk geringe onbekendheid met de mogelijkheid om een geschil te laten beslechten in de praktijk gerelativeerd door

¹ Spontaan komen nog veel minder consumenten op deze mogelijkheden, zie Nikkels e.a. 2008, p. 28.

het feit dat consumenten veelal door de ondernemer in rechte worden betrokken als gedaagde. Bij het Kifid is het ondernemers niet toegestaan om zelf geschillen ter beslechting aan de geschillencommissie voor te leggen. Dat betekent dat consumenten die onbekend zijn met het bestaan van de geschillencommissie ook niet als verwerende partij op de hoogte zullen raken van het bestaan van de mogelijkheid van om het geschil aan een dergelijke geschillencommissie voor te leggen, tenzij zij hier door de ondernemer op gewezen worden, zij bij doorlezing van de algemene voorwaarden van de ondernemer een bindend adviesbeding aantreffen, of zij zelf actief op zoek gaan naar informatie, bijvoorbeeld door raadpleging van Internet of door advies van het Juridisch Loket. Bij de geschillencommissies die zijn aangesloten bij De Geschillencommissie kunnen ondernemers daarentegen wel zelf het geschil aanhangig maken bij de geschillencommissie, zij het dat deze het geschil alleen in behandeling neemt indien de consument vervolgens een vragenformulier invult en daarbij tevens aangeeft zich te onderwerpen aan de beslechting van het geschil door de geschillencommissie.²

5.2 Taal, taalgebruik en formaliteiten betreffende de procedure

Ook bij de geschillencommissies kan de consument te maken krijgen met formeel en ingewikkelde taalgebruik, maar omdat geschillencommissies aan minder formele regels gebonden zijn en ook de procedure op informeler wijze kan worden afgehandeld, leveren zowel het taalgebruik als het karakter van de procedure minder drempels op voor de consument. De kern van de procedure bestaat uit de mondelinge behandeling van het geschil.³ Partijen mogen, indien zij dat vooraf schriftelijk hebben aangekondigd, wel getuigen meebrengen naar de mondelinge behandeling, maar de geschillencommissie beslist of en in hoeverre deze ook daadwerkelijk gehoord worden.⁴ Het informelere karakter van de procedure bij de geschillencommissie uit zich ook in het feit dat ook als de klacht duidelijk is, de consument (toch) zijn hart mag luchten tijdens de mondelinge behandeling; of de klacht nu gegrond is of niet, doet daarbij minder ter zake.⁵ De geschillencommissie is ook niet gebonden aan het verzoek van de consument en kan onder omstandigheden anders beslissen dan gevorderd was, wat meebrengt dat de geschillencommissie flexibel kan omgaan met wat partijen ter tafel brengen. Als bijvoorbeeld tijdens de mondelinge behandeling van het geschil blijkt dat de ondernemer niet bereid is tot herstel van de gekochte zaak, terwijl de consument

² Zie reglementen van de afzonderlijke geschillencommissies van De Geschillencommissie, te vinden op <http://www.degeschillencommissie.nl>, zie bijvoorbeeld art. 12 jo. 7 lid 2 Reglement Geschillencommissie Directe Verkoop en art. 9 lid 3 Reglement Geschillencommissie Advocatuur.

³ Zie de reglementen van de afzonderlijke geschillencommissies van De Geschillencommissie. Zie over de gang van zaken uitgebreid Hondius 2006a, p. 482-487.

⁴ Zie op de website van De Geschillencommissie onder 'Veelgestelde vragen', onder 'Zitting en uitspraak'.

⁵ Vgl. ook Overeem 1992, p. 44.

slechts herstel heeft verzocht, kan de geschillencommissie toch beslissen de koopovereenkomst te ontbinden.⁶

Een nadeel van de procedure bij de geschillencommissie is wel dat het aantal zittingsplaatsen beperkt is, zodat zeker in vergelijking met de procedure bij de kantonrechter, de reistijd voor de consument vaak langer en de daarmee verbonden reiskosten vaak hoger zullen zijn bij de geschillencommissie dan bij een procedure voor de kantonrechter.⁷

Een geschillencommissie beslist krachtens haar Reglement gewoonlijk niet naar de regelen van het recht, maar naar billijkheid.⁸ Dat betekent ook dat de geschillencommissie niet gebonden is aan de regels van het bewijsrecht. Dat heeft als voordeel dat geen of in sterk vereenvoudigde mate gebruik wordt gemaakt van tijdrovende en kostbare bewijsmiddelen als getuigenverhoor en deskundigenbericht. Dat heeft als keerzijde dat minder aandacht kan worden besteed aan het ontdekken van de materiële waarheid en dat in de regel moet worden afgegaan op wat partijen zelf naar voren brengen.⁹ Van Schaick wijst er echter terecht op dat in de praktijk ook de burgerlijke rechter zich veel minder met waarheidsvinding bezig houdt dan veelal gedacht wordt.¹⁰ In werkelijkheid wegen de nadelen van met name *partijgetuigenbewijs* in relatief geringe vorderingen dan ook zwaarder dan de voordelen, terwijl het horen van andere getuigen tijdens de mondelinge behandeling een adequate vervanging kan zijn voor een formeel getuigenverhoor.

Ook voor het indienen van een geschil bij de geschillencommissie gelden voorschriften. Een procedure bij de geschillencommissie kan door de consument of, indien de consument althans wel inhoudelijk klachten naar voren heeft gebracht over de prestatie van de ondernemer,¹¹ door de ondernemer zelf aanhangig worden gemaakt, zonder dat hiervoor een deurwaarder behoeft te worden ingeschakeld. Voor zowel de bij De Geschillencommissie aangesloten geschillencommissies als voor het Kifid geldt overigens dat het geschil ook elektronisch kan worden ingediend.¹²

⁶ Vgl. HR 17 november 1995, NJ 1996, 143 (*Buijs/Koene*). Zie ook Dommering-van Rongen 1986, p. 193. CCA-advies 1973, p. 14; Hondius 2006a, p. 483; Jongbloed 2006, 426.

⁷ Ofschoon de geschillencommissie ook dan vaak wel aansluiting zoekt bij het recht.

⁸ Jacobs 1998, p. 187.

⁹ Zie Van Schaick 2009, p. 31-35. Hij merkt in dit verband op dat bij onvoldoende gemotiveerde betwisting van een stelling die stelling in rechte vaststaat (art. 149 lid 1 Rv), waarbij de rechter bepaalt wanneer iets 'onvoldoende gemotiveerd' is betwist. Bovendien wordt een rechter vaak geconfronteerd met tegenstrijdige getuigenverklaringen, waartussen hij een, volgens Van Schaick vaak aanvechtbare, keuze moet maken. Daarbij moet worden bedacht dat getuigenbewijs vrijwel steeds onbetrouwbaar bewijs oplevert omdat het menselijk geheugen een onbetrouwbare bron van de waarheid is, de getuigenverklaring een door de rechter gedicteerde weergave van de antwoorden van de getuige is, welke weergave reeds een interpretatie van die antwoorden door de rechter impliceert, terwijl ook het feit dat getuigen bij de rechter onder ede worden gehoord en dat op meenede gevangenisstraf staat, niet voorkomt dat getuigen soms liegen, aldus Van Schaick.

¹⁰ Zie hiervoor, par. 5.1.

¹¹ Zie op de website van De Geschillencommissie onder 'Veelgestelde vragen', onder het kopje 'Indiening van het geschil', en bij de afzonderlijke geschillencommissies onder het kopje 'Hoe moet een geschil worden ingediend?' Zie voor de gang van zaken bij het Kifid <http://www.kifid.nl/consumenten/de+procedure> (laatstelijk gecontroleerd op 13 augustus 2009).

Wanneer dat niet bij indiening van het geschil is gebeurd, zendt de geschillencommissie de consument een vragenformulier, welke door de consument moet worden ingevuld¹³ en waarin hij veelal tevens moet verklaren zich te onderwerpen aan de bindend adviesprocedure. De klacht wordt echter ambtshalve niet-ontvankelijk verklaard indien het een geschil betreft over de niet-betaling van een factuur en daaraan geen inhoudelijke klacht ten grondslag ligt.¹⁴ Dat betekent ook dat een ondernemer aangewezen is op de gang naar de burgerlijke rechter indien de consument de vordering niet inhoudelijk betwist (maar gewoon weigert te betalen) of wanneer de consument weigert in te stemmen met de behandeling van het geschil door de geschillencommissie.¹⁵

Hoewel de reglementen van de meeste geschillencommissies hierover zwijgen,¹⁶ pleegt de procedure voor een geschillencommissie uitsluitend in het Nederlands plaats te vinden. Het wat informelere karakter van de procedure biedt de geschillencommissie in beginsel de mogelijkheid om hiervan af te wijken, bijvoorbeeld in het geval partijen uitsluitend in een andere taal met elkaar hebben gecommuniceerd en de leden van de geschillencommissie die taal ook beheersen.¹⁷ Het gebruik van een andere taal dan het Nederlands is desalniettemin uiterst zeldzaam.¹⁸ Dat betekent dat ook bij de geschilbeslechting door geschillencommissies een consument die de Nederlandse taal niet machtig is, zal moeten worden geholpen door iemand die wel in het Nederlands kan communiceren.

5.3 Verplichting tot voorafgaande communicatie, klachtplicht en klaagtermijnen

Anders dan bij de burgerlijke rechter is het niet mogelijk om met succes een geschil aan een geschillencommissie voor te leggen zonder dat de consument de klacht schriftelijk heeft voorgelegd aan de ondernemer en een eventuele klachtenprocedure bij de ondernemer heeft doorlopen.¹⁹ Hij dient dit bovendien binnen een

¹³ Vgl. Hondius 2006a, p. 482.

¹⁴ Zie bijv. art. 5 onder b Reglement Geschillencommissie Directe Verkoop.

¹⁵ Zie in dit verband ook het bepaalde in art. 6:236 sub n BW, dat bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden op grond waarvan de consument gehouden zou zijn het geschil te laten behandelen door een geschillencommissie en tegen zijn wil ervan weerhouden wordt om het geschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen, onredelijk bezwarend wordt geacht.

¹⁶ Een uitzondering geldt indirect voor de Geschillencommissie financiële dienstverlening: voor de behandeling van een geschil door de *Ombudsman* financiële dienstverlening is uitdrukkelijk bepaald dat het geschil in de Nederlandse taal aan de Ombudsman dient te worden voorgelegd, zie art. 5 onder a Reglement Ombudsman financiële dienstverlening, terwijl het hebben voorgelegd van het geschil aan de Ombudsman een voorwaarde is voor behandeling ervan door de geschillencommissie, zie hierna in par. 5.3.

¹⁷ In deze zin ook Hondius 2006a, p. 478.

¹⁸ Als lid van een geschillencommissie ben ik éénmaal betrokken geweest bij een in het Engels gevoerde procedure in een geschil tussen een Engelstalige consument en een door hem ingeschakelde Nederlandse makelaar. Ook toen is het bindend advies zelf overigens in het Nederlands geschreven. Ook Hondius 2006a, p. 478, suggereert een dergelijke praktische aanpak.

¹⁹ Hondius 2006a, p. 482.

korte termijn (veelal enkele weken tot een maand) nadat de klacht is ontstaan, te melden. Bovendien moet hij, indien hij er niet in onderling overleg met de ondernemer uit komt, het geschil ter beslechting aan de geschillencommissie voorleggen binnen een termijn van enkele maanden nadat hij zijn klacht aan de ondernemer heeft gemeld dan wel de interne klachtenprocedure van de ondernemer is geëindigd.²⁰ Wanneer de consument dat nalaat, zal de geschillencommissie hem op grond van haar Reglement op verzoek van de ondernemer niet-ontvankelijk moeten verklaren.²¹ Zij kan echter besluiten het geschil wel in behandeling te nemen indien de consument ter zake van de niet naleving van de voorwaarden voor het indienen van een geschil bij de geschillencommissie naar het oordeel van de commissie redelijkerwijs geen verwijt treft.²²

Bijzondere voorwaarden gelden voor het indienen van een vordering bij de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het Kifid: volgens het Reglement van deze geschillencommissie worden slechts geschillen in behandeling genomen waar de vordering van de consument ten minste € 100 bedraagt, zij het dat de voorzitter van de geschillencommissie in overleg met de secretaris kan besluiten om een vordering met een financieel belang van minder dan € 100 toch in behandeling te nemen indien hij van oordeel is dat daarmee zodanige belangen zijn gemoeid dat behandeling gerechtvaardigd is.²³ Bovendien kan de geschillencommissie de vordering pas in behandeling nemen indien hij het geschil eerst aan de Ombudsman heeft voorgelegd.²⁴ Indien de consument dat heeft nagelaten, draagt de secretaris van de geschillencommissie het geschil ambtshalve aan de Ombudsman over.²⁵ De geschillencommissie is zich overigens, mede vanwege het feit dat er in 2008 aanmerkelijk minder klachten zijn voorgelegd aan de geschillencommissie dan aan haar voorgangers, bewust van het risico dat deze procedure ertoe zou kunnen leiden dat consumenten het vertrouwen in het Kifid hebben verloren

20 Zie de website van De Geschillencommissie (<http://www.degeschillencommissie.nl>), voor elke geschillencommissie onder het kopje 'Altijd eerst zelf proberen, let daarbij op de termijnen' en het eveneens op de website geplaatste Reglement van de desbetreffende geschillencommissie. Veelal dient het geschil binnen drie maanden na melding aan de ondernemer, dan wel na beëindiging van de interne klachtenprocedure te worden voorgelegd aan de geschillencommissie. In ieder geval voor de Geschillencommissie Advocatuur geldt echter een afwijkende termijn van 12 maanden nadat de schriftelijke afhandeling van de klacht is geëindigd. Bij het Kifid geldt dat de consument binnen een jaar nadat hij met de daaraan ten grondslag liggende feiten bekend is geworden, de klacht aan de financieel dienstverlener moet hebben voorgelegd, dat hij vervolgens binnen drie maanden nadat de financieel dienstverlener zijn standpunt definitief aan de consument heeft kenbaar gemaakt, het geschil aan de Ombudsman moet hebben voorgelegd, en dat hij vervolgens binnen drie maanden nadat de Ombudsman zijn oordeel kenbaar heeft gemaakt, het geschil aan de Geschillencommissie moet hebben voorgelegd, zie art. 5 onder b Reglement Ombudsman financiële dienstverlening en art. 10 lid 1 onder a en d Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening.

21 Zie bijv. art. 6 lid 1 Reglement Geschillencommissie Directe Verkoop.

22 Zie bijv. art. 6 lid 2 Reglement Geschillencommissie Directe Verkoop.

23 Zie art. 6 lid 2 en 4 Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening.

24 Zie art. 7 lid 1 onder c Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening en art. 7 onder d Reglement Ombudsman financiële dienstverlening.

25 Vgl. art. 8 lid 2 Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening.

en daarom geen geschil meer aan de geschillencommissie voorleggen. De beoogde ‘zeeffunctie’ zou in dat geval vooral werken als een – onbedoelde – extra drempel.²⁶

De rol van de klachtplicht is bij procedures voor de geschillencommissie beperkt, omdat de termijnen die gelden voor het melden van de klacht aan de ondernemer en voor het voorleggen van het geschil aan de geschillencommissie veelal korter zijn dan die welke voortvloeien uit art. 6:89 en 7:23 BW. Daarbij dient echter te worden aangetekend dat bij overschrijding van de termijnen die relevant zijn voor de beslechting van het geschil door een geschillencommissie, de consument het geschil in beginsel (alsnog) aan de burgerlijke rechter zou kunnen voorleggen. Wanneer de consument zijn klachtplicht zou hebben geschonden, is ook die weg uiteraard afgesneden.

5.4 Duur van de procedure

Van geschillencommissies wordt verwacht dat zij tegen lage kosten voor de consument geschillen op korte termijn kunnen afdoen. Dit wordt onder meer bewerkstelligd doordat geschillencommissies niet gebonden zijn aan de regels van het bewijsrecht. Dat betekent onder meer dat het niet nodig is om aan een partij een bewijsopdracht te verstrekken. Bovendien worden partijen in beginsel maar één maal in de gelegenheid gesteld om relevante stellingen in te nemen en stukken in te dienen. Vervolgens vindt de mondelinge behandeling plaats. Desgewenst kan de geschillencommissie besluiten om getuigen te horen – hetgeen bij mijn weten zeer zeldzaam is – of (en dat komt wel regelmatig voor) om een deskundige in te schakelen. Partijen krijgen vervolgens in beginsel nog een periode van enkele weken om op dit rapport te reageren. Gewoonlijk zal de geschillencommissie kort daarna haar bindend advies wijzen.²⁷

Deze gang van zaken leidt inderdaad tot een snelle afhandeling van het geschil: de gemiddelde duur van de procedure bij een onder De Geschillencommissie ressorterende geschillencommissie bedroeg in 2008 niet meer dan 5,2 maand na de indiening van het geschil bij de geschillencommissie.²⁸ Aangezien de indiening van het geschil veelal binnen drie maanden na de melding van de klacht aan de ondernemer dient te geschieden, betekent dit dat de gehele klachtprocedure na iets meer dan 8 maanden is geëindigd met een bindend advies. Hoewel dat ongetwijfeld voor een consument die wacht op een oplossing voor het opbollen van het

²⁶ De voormalige Klachtencommissie van het Dutch Securities Institute, de Geschillencommissie Bankzaken en de Geschillencommissie Hypothecaire Financieringen kenden geen aan de geschillenbeslechting voorafgaande procedure bij een ombudsman, zie Kifid 2008, p. 36.

²⁷ Zie de reglementen van de afzonderlijke geschillencommissies van De Geschillencommissie. Zie over de gang van zaken uitgebreid Hondius 2006a, p. 482-487.

²⁸ De Geschillencommissie 2008, p. 21. Het streven is om de behandelduur zelfs nog te doen afnemen tot 4,5 maand.

parket in zijn woonkamer²⁹ nog rijkelijk lang duurt,³⁰ kan worden gesteld dat deze termijn voor een juridische procedure tamelijk kort is. Daarbij geldt dat hoger beroep en cassatie niet mogelijk zijn.³¹ Wel is het mogelijk om een bindend advies bij de burgerlijke rechter aan te vechten, maar een dergelijke procedure is tamelijk zeldzaam omdat de rechter het bindend advies slechts marginaal toetst en een bindend advies dus alleen aantastbaar is indien het vanwege de inhoud van het bindend advies of de wijze waarop dit tot stand is gekomen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om een partij aan dat bindend advies te houden.³² De terughoudendheid bij de toetsing van een bindend advies en de daarmee samenhangende zware stelplicht van de partij die het bindend advies wil aantasten, brengt mee dat een bindend advies slechts in betrekkelijk uitzonderlijke gevallen wordt vernietigd.³³ In het overgrote deel van de gevallen zullen partijen – eventueel geadviseerd door een rechtsbijstandverlener – het dan ook wel uit hun hoofd laten om alsnog naar de rechter te stappen. In de reglementen van de geschillencommissies is de mogelijkheid om het bindend advies ter toetsing voor te leggen aan de rechter bovendien beperkt tot 2 maanden na verzending van het bindend advies aan partijen. Wanneer partijen dat nalaten, is het bindend advies onaantastbaar geworden.³⁴ In de praktijk is daarmee verzekerd dat de procedure in bijna alle gevallen inderdaad op relatief korte termijn tot een einduitspraak leidt.

De procedure bij de onder De Geschillencommissie ressorterende geschillencommissies is gemiddeld dus na ruim 5 maanden afgerond. Zonder dat precieze getallen bekend zijn, is duidelijk dat de procedure bij het Kifid aanmerkelijk langer duurt.³⁵ Dat is onder meer het gevolg van het feit dat voorafgaande aan de behandeling van een geschil door de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening het geschil eerst aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening moet worden voorgelegd. Deze beziet dan of het mogelijk is om het geschil door bemiddeling op te lossen. Deze opgedrongen bemiddelingspoging biedt uiteraard voordelen in die gevallen waarin een klacht daarmee alsnog kan worden verholpen. Wanneer de consument echter al aangegeven heeft het geschil aan de Geschillencommissie te willen voorleggen, is zij echter vooral een vertragende en belemmerende factor.

²⁹ Het voorbeeld is van Jacobs 1998, p. 163.

³⁰ Uit onderzoek van het WODC blijken zowel consumenten als ondernemers ontevreden te zijn over de snelheid waarmee de procedure wordt gevoerd, zie Klapwijk/Ter Voert 2009, p. 13, 70, 82.

³¹ Zie de algemene informatie op de website van De Geschillencommissie onder het kopje 'Veelgevraagde vragen' en de informatie onder het kopje 'Geen hoger beroep' bij de afzonderlijke geschillencommissies.

³² Vgl. art. 7:904 BW, waarover Hondius 2006a, p. 487-489. Zie voorts Jacobs 1998, p. 213; Van der Graaff/Van Mierlo 2007, p. 183.

³³ Vgl. Asser-Van Schaick, nr. 283; Asser-Hartkamp II, nr. 326. Zie over de marginale toetsing van een bindend advies uitgebreid Brack 2004.

³⁴ Zie bijv. art. 26 Reglement Geschillencommissie Makelaardij. Zie voorts de informatie onder het kopje 'Geen hoger beroep', op de website van De Geschillencommissie geplaatst bij de afzonderlijke geschillencommissies, en de algemene informatie op de site onder het kopje 'Veelgevraagde vragen'. Vgl. ook de informatie op de website van de Consumentenautoriteit, http://www.consumentenautoriteit.nl/cabedrijven/Klachten_afhandelen/Geschillencommissie (laatstelijk gecontroleerd op 12 augustus 2009).

³⁵ Anekdotisch bewijs vormt een procedure die ik zelf bij het Kifid voer: de eerste klacht aan de wederpartij is op 22 juni 2008 verzonden; op 1 januari 2010 was nog geen datum bepaald voor de mondelinge behandeling van het geschil.

De *verplichting* om gebruik te maken van de bemiddelingspoging door de Ombudsman laat zich dan ook slecht rijmen met de behoefte van consumenten aan een snelle oplossing voor het geschil.³⁶ In bijzondere gevallen is bovendien hoger beroep van de uitspraak van de Geschillencommissie mogelijk; uiteraard wordt daardoor de duur van de procedure verlengd.³⁷

De procedure voor de geschillencommissie is in de meeste gevallen aanmerkelijk korter dan bij de burgerlijke rechter.³⁸ Een eerste belangrijke oorzaak hiervoor is al aan de orde gekomen: bij geschillencommissies is de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie zeldzaam,³⁹ terwijl partijen slechts in uitzonderlijke gevallen het bindend advies trachten aan te tasten bij de burgerlijke rechter. Een belangrijk deel van de vertraging bij de burgerlijke rechter wordt veroorzaakt door het gebruik van tijdrovende en kostbare bewijsmiddelen als getuigenverhoor en deskundigenbericht. Voor zover de geschillencommissie al gebruik maakt van dergelijke bewijsmiddelen, dan nog zal de procedure sneller verlopen dan bij de burgerlijke rechter. Een geschillencommissie hoort getuigen niet onder ede, maar zij kan partijen wel toestaan getuigen of deskundigen mee te nemen naar de mondelinge behandeling van het geschil en deze door haar te doen horen.⁴⁰ Doordat deze getuigen of deskundigen tijdens de mondelinge behandeling worden gehoord en geen conclusies worden genomen naar aanleiding van de getuigenverklaringen, levert het horen van getuigen geen extra vertraging in de procedure op. Dat is uiteraard wel het geval wanneer de geschillencommissie zelf een deskundige inschakelt om goed geïnformeerd te worden over de technische aspecten van het geschil. Anders dan de burgerlijke rechter kunnen de geschillencommissies daarbij echter uit een vast

36 De geschillencommissie lijkt zich van de mogelijke nadelen van de procedure met de verplichte inschakeling bewust te zijn en kondigt daarom een 'tevredenheidsonderzoek' aan om (onder meer) te bezien welke geschillen zich lenen voor bemiddeling en in welke gevallen een consument het geschil direct aan de geschillencommissie moet kunnen voorleggen. Zie Kifid 2008, p. 36.

37 Hoger beroep is mogelijk indien het financiële belang van het geschil ten minste € 25.000 bedraagt. Een financieel dienstverlener kan ook in beroep gaan tegen een uitspraak waar het belang minder dan € 25.000 is maar aannemelijk is dat de uitspraak zo principieel is dat het daarmee gemoeide belang voor de financiële dienstverlener of de bedrijfstak als geheel de grens van € 5 mln. overschrijdt, of als de Geschillencommissie zelf in haar uitspraak heeft bepaald dat hoger beroep open staat in verband met het belang van de zaak. Zie art. 5 lid 1, 3 en 6 Reglement Commissie van Beroep financiële dienstverlening. Tot 1 januari 2011 kan de ondernemer in plaats van in beroep gaan het geschil ook in volle omvang ter toetsing voorleggen aan de gewone rechter indien de uitspraak zo principieel is dat het daarmee gemoeide belang voor de financiële dienstverlener of de bedrijfstak als geheel de grens van € 5 mln. overschrijdt, maar in dat geval dient de dienstverlener het bindend advies jegens de consument na te komen en deze alle kosten voor rechtsbijstand en de proceskosten te vergoeden die deze moet maken in de procedure bij de rechter. Wanneer de consument niet bereid is om het geschil onder deze voorwaarden alsnog aan de gewone rechter voor te leggen, vervalt de gehoudenheid van de ondernemer om het bindend advies gestand te doen, vgl. art. 22 lid 2 Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening.

38 Anders Bauw/Hartendorp 2005, p. 2306, 2308, die berekenen dat de doorlooptijd bij de kantonrechter in 2004 gemiddeld 77 dagen zou hebben bedragen in handelszaken waarin verweer werd gevoerd, terwijl de doorlooptijd van de geschillencommissies volgens het jaarverslag van De Geschillencommissie over 2004 in dat jaar gemiddeld 186 dagen zou hebben bedragen. Waar zij hun cijfers voor wat betreft de doorlooptijd bij de kantonrechter op baseren, wordt niet duidelijk uit hun artikel.

39 Een uitzondering is de procedure bij het Kifid, zie hierboven. Schaub 2009, p. 157, noemt de beperkte mogelijkheid tot beroep overigens als een van de nadelen van alternatieve geschillenbeslechting.

40 Zie op de website van De Geschillencommissie onder 'Veelgestelde vragen', onder 'Zitting en uitspraak'.

deskundigenbestand putten,⁴¹ zodat het vinden van een deskundige weinig tijd hoeft te kosten en de deskundige in de regel ook goed weet wat van hem wordt verwacht. Partijen krijgen wel de mogelijkheid om schriftelijk te reageren op het rapport van de deskundige alvorens de geschillencommissie uitspraak doet.⁴²

Bij geschillen waar geen al dan niet gebrekkige zaak hoeft te worden onderzocht, maar wel kennis van de feitelijke gang van zaken in een bepaalde branche noodzakelijk is om bijvoorbeeld de inhoud van de zorgplicht van de ondernemer vast te stellen, zal een rechter veelal eveneens een deskundigenbericht moeten gelasten. Voor een geschillencommissie is dat niet altijd noodzakelijk. In de eerste plaats krijgen de geschillencommissies regelmatig zaken voor zich van een bepaald type, waardoor een geschillencommissie een zekere ervaring en eigen deskundigheid met betrekking tot de door haar behandelde onderwerpen ontwikkelt. Bovendien bestaat een geschillencommissie naast een onafhankelijke voorzitter en een vertegenwoordiger van de zijde van de consumentenorganisaties veelal ook uit een lid dat afkomstig is uit de branche van de ondernemer en dat daardoor meer inzicht in de gebruiken en normen heeft die heersen in een bepaalde branche dan een individuele rechter kan hebben.⁴³

5.5 Kosten procedure⁴⁴

In par. 3.5 is uiteengezet dat de kosten die gemoeid zijn met de procedure bij de burgerlijke rechter – afgezet tegen de betrekkelijk geringe waarde van de vordering van de consument – in de praktijk de belangrijkste drempel vormen om een geschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Daarbij werd met name de proceskostenveroordeling als problematisch gezien. In hoofdstuk 4 is gebleken dat juist dit probleem door de hierboven besproken nieuwe Nederlandse en Europese regelingen en voorstellen niet wordt opgelost. Staat het kostenaspect ook bij de geschil-

41 Het deskundigenbestand van De Geschillencommissie wordt in het jaarverslag vermeld, zie bijv. De Geschillencommissie 2008, Bijlage B, p. 150.

42 In 2008 zijn er op verzoek van de bij De Geschillencommissie aangesloten geschillencommissies op 11.000 nieuwe klachten 1207 deskundigenrapporten opgemaakt. De meeste deskundigenrapporten worden gevraagd bij de Geschillencommissies Wonen en Textielreiniging (resp. 350 en 166). Zie De Geschillencommissie 2008, p. 12 en 22. Zie voorts Hondius 2006a, p. 484-485, die de feitelijke gang van zaken bij de behandeling van een geschil door een geschillencommissie in heldere bewoordingen schetst.

43 Vgl. CCA-advies 1973, p. 9; zie ook Overeem 1992, p. 45. Anders Bauw/Hartendorp 2005, p. 2308, die op basis van het jaarverslag van De Geschillencommissie over 2003 becijferen dat in dat jaar in ruim 1/3 van de door de geschillencommissies inhoudelijk behandelde en beslechte zaken een deskundigenrapport is uitgebracht.

44 In deze paragraaf blijven de reiskosten van de consument naar de plaats waar de mondelinge behandeling van het geschil plaatsvindt, buiten beschouwing. Zie hierover Bauw/Hartendorp 2005, p. 2307, die deze kosten in 2005 schatten op € 1-12 in het geval van een procedure bij de kantonrechter en op € 1-90 in het geval de procedure plaatsvond bij een geschillencommissie, omdat geschillencommissies in de regel maar op één of op enkele plaatsen in het land zitting houden, terwijl er toen 60 locaties waren waar de kantonrechter zitting hield. Opmerking verdient echter dat in het rapport van de ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie uit 2006 wordt opgemerkt dat regelmatig wordt vernomen dat de reiskosten het belang van de zaak overstijgen, zie Ministerie van Justitie 2006, p. 20.

lencommissies in de weg aan een effectieve handhaving van zijn rechten door de consument zelf?

Duidelijk is dat het procederen voor een geschillencommissie veel goedkoper is. Bij een geschillencommissie is geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging. In de meeste gevallen zal rechtsbijstand door het informele karakter van de procedure ook niet nodig zijn,⁴⁵ al kan de ingewikkeldheid van het geschil⁴⁶ of de omvang van het financiële belang bijstand soms toch wenselijk maken.⁴⁷ Voor de indiening van een klacht bij een geschillencommissie is geen dagvaarding nodig. De hoogte van het klachtengeld – te vergelijken met het griffierecht – verschilt per geschillencommissie en varieert voor de geschillencommissies die aangesloten zijn bij De Geschillencommissie (ook wel aangeduid als Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken of SGC) tussen de € 25 en € 125.⁴⁸ Indien de consument de procedure wint, zal de ondernemer worden verplicht (een deel van) het klachtengeld te vergoeden aan de consument, tenzij de beslissing van de geschillencommissie overeenkomt met een eerder door de ondernemer gedaan schikkingsvoorstel.⁴⁹ De kosten voor de door de geschillencommissie zelf ingeschakelde deskundige worden door de geschillencommissie gedragen.⁵⁰ Een proceskostenveroordeling vindt niet plaats, wat betekent dat de consument niet het risico loopt om bij een verloren procedure geconfronteerd te worden met een hoge rekening voor de kosten van rechtsbijstand door de onderneming. Omgekeerd betekent het echter dat de consument de kosten voor eventueel door hem ingeschakelde rechtsbijstand niet kan verhalen op de ondernemer indien hij de procedure zou winnen.⁵¹ Weliswaar wordt verondersteld dat de procedure bij een geschillencommissie zo eenvoudig is dat rechtsbijstand niet nodig is, maar het lijkt niet onwaarschijnlijk dat een deel van de consumenten niet in staat is zonder rechtsbijstand te procederen. Daarbij geldt dat voor een procedure bij een geschillencommissie geen gefinancierde rechtsbijstand mogelijk is, zodat ook min- en onvermogens-

45 Zie ook de website van De Geschillencommissie bij de afzonderlijke geschillencommissies onder het kopje 'Een eenvoudige, goedkope en snelle procedure'.

46 Zo Hondius 2006a, p. 476.

47 Uit onderzoek van het WODC blijkt dat ongeveer één op de vijf consumenten en kleine ondernemers gebruik maakt van enige vorm van rechtshulp, zie Klapwijk/Ter Voert 2009, p. 13, 63-64.

48 Zie de website van De Geschillencommissie onder 'Veel gestelde vragen' bij 'Indiening van een geschil' (laatstelijk gecontroleerd op 9 december 2009). De hoogte van het klachtengeld bij de afzonderlijke geschillencommissies is voor iedere bij De Geschillencommissie aangesloten geschillencommissie vermeld onder het kopje 'Een eenvoudige, goedkope en snelle procedure' bij de desbetreffende geschillencommissie. Voor een procedure bij de Geschillencommissie van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) is een klachtgeld van € 50 verschuldigd, zie <http://www.kifid.nl/consumenten/veelgestelde-vragen> (laatstelijk gecontroleerd op 3 augustus 2009).

49 Zie bijv. art. 21 lid 1 Reglement Geschillencommissie Directe Verkoop. Indien de ondernemer het geschil aan de geschillencommissie heeft voorgelegd – wat bij de onder De Geschillencommissie ressorterende geschillencommissies mogelijk is – betaalt de ondernemer het klachtengeld. Wint de ondernemer de procedure, dan zal de consument het klachtengeld geheel of ten dele moeten vergoeden, zie bijv. art. 21 lid 3 Reglement Geschillencommissie Directe Verkoop.

50 Dit is indirect af te leiden uit het feit dat indien de consument *zelf* een deskundige inschakelt, hij de kosten daarvan dient te dragen, zie <http://www.degeschillencommissie.nl> onder 'Veel gestelde vragen' bij 'Indiening van een geschil' (laatstelijk gecontroleerd op 4 december 2009).

51 Zie ook de website van De Geschillencommissie bij de afzonderlijke geschillencommissies onder het kopje 'Een eenvoudige, goedkope en snelle procedure'.

die behoefte hebben aan rechtsbijstand, de kosten hiervoor zelf volledig moeten dragen. Op dit punt zouden de kosten voor het inschakelen van rechtsbijstand wel degelijk een drempel kunnen opwerpen voor bepaalde consumenten om een geschil ter beslechting voor te leggen aan een geschillencommissie.

Wanneer de consument het volledige factuurbedrag nog niet heeft voldaan, kan de geschillencommissie eisen dat de consument een bedrag ter hoogte van het openstaande bedrag bij de geschillencommissie in depot stort.⁵² De consument kan dat ook uit eigen beweging doen.⁵³ Depotstorting brengt mee dat voor de ondernemer er geen incasso-*risico* meer bestaat en dat incasso-maatregelen van de zijde van de ondernemer normaal gesproken niet meer (mogen) plaatsvinden. De geschillencommissie beslist in haar bindend advies of het in depot gestorte bedrag geheel of gedeeltelijk aan de ondernemer dient te worden uitbetaald dan wel aan de consument dient te worden terugbetaald. Een en ander betekent het wel dat de consument gedwongen kan worden een – soms aanzienlijk – bedrag voor te schieten en maar moet hopen dat hij de procedure wint. De noodzaak om een dergelijk bedrag voor te schieten, kan feitelijk wel een drempel zijn om het geschil voor te leggen aan de geschillencommissie, omdat bij betwisting van de vordering de ondernemer mogelijk minder genegen zal zijn om akkoord te gaan met een betalingsregeling voor het niet-betwiste deel van de vordering.⁵⁴

5.6 Nakoming van toewijzende bindende adviezen

Evenals bij de procedure bij de burgerlijke rechter is bij de bespreking van de duur van de procedure buiten beschouwing gelaten wat er gebeurt indien de verliezende partij het oordeel van de geschillencommissie niet volgt. Anders dan een uitspraak van de burgerlijke rechter levert het bindend advies van de geschillencommissie geen executoriale titel op. Indien de consument of de ondernemer nakoming van het bindend advies door de wederpartij wil afdwingen, zal hij derhalve alsnog naar de burgerlijke rechter moeten stappen.⁵⁵ De in het bindend neergelegde vaststelling geeft (een deel van) de inhoud van de contractuele relatie tussen partijen weer,⁵⁶ waarvan nakoming kan worden gevorderd. De rechter zal bij betwisting door de wederpartij het bindend advies marginaal toetsen.⁵⁷ Pas indien deze het bindend advies in stand laat en de wederpartij tot nakoming veroordeelt, heeft de eisende consument of ondernemer een executoriale titel. Deze gang van zaken betekent

⁵² Hondius 2006a, p. 482.

⁵³ Zie op de website van De Geschillencommissie onder 'Veelgestelde vragen', onder het kopje 'Indiening van het geschil'. Hondius 2006a, p. 482, geeft aan dat bij sommige geschillencommissies de consument verplicht wordt om het openstaande bedrag bij de geschillencommissie in depot te storten.

⁵⁴ Met name bij de Geschillencommissie Energie en Water gaat het, veelal bij herberekening van de factuur na geconstateerde problemen met de meter, regelmatig om bedragen van enkele duizenden euro's. Overigens heeft de consument in dergelijke gevallen veelal wel recht op een betalingsregeling.

⁵⁵ Hondius 2006a, p. 487.

⁵⁶ Vgl. Mon. Nieuw BW B-80 (A.A. van Rossum), nr. 5 en 33.

⁵⁷ Jacobs 1998, p. 213.

dus dat een onwillige wederpartij ervoor kan zorgen dat de procedure alsnog aanmerkelijk langer duurt. In de praktijk komt het echter meestal niet zover. In de eerste plaats niet omdat zowel consumenten als ondernemers gewoonlijk het bindend advies nakomen zonder veel nadere complicaties.⁵⁸ Maar ook wanneer nakoming minder vrijwillig zou kunnen zijn, bestaan er mechanismen om partijen tegemoet te komen: de consument ondervindt veelal bescherming in de vorm van een nakomingsgarantie door de brancheorganisatie, de ondernemer door de mogelijkheid van depotstorting. De nakomingsgarantie houdt in dat wanneer de ondernemer niet aan het bindend advies voldoet, de brancheorganisatie de verschuldigde schadevergoeding aan de consument betaalt of de gebrekkige zaak laat vervangen of repareren.⁵⁹ De betaling van een door de geschillencommissie toegewezen vordering van de ondernemer wordt in veel gevallen zeker gesteld doordat de consument gewoonlijk in de gelegenheid wordt gesteld, en in sommige gevallen zelfs wordt verplicht,⁶⁰ om het betwiste bedrag bij de geschillencommissie in depot te storten. Als het bedrag in depot is gestort, zullen incassomaatregelen van de zijde van de ondernemer normaal gesproken niet meer (mogen) plaatsvinden.⁶¹ Ook de tenuitvoerlegging van een bindend advies behoeft dus niet tot vertraging te leiden.

5.7 Specifieke problemen bij het gebruik van geschillencommissies

In het voorgaande is onderzocht of de problemen die consumenten ondervinden om een procedure bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken, ook en in dezelfde mate gelden voor het aanhangig maken van het geschil bij een geschillencommissie. Naast deze problemen kunnen er echter ook andere, specifiek voor geschillencommissies geldende problemen bestaan, welke niet, of in veel minder mate, voorkomen bij de procedure voor de burgerlijke rechter. In deze paragraaf bespreek ik of en in hoeverre deze problemen in de weg staan aan het gebruik van de geschillencommissieprocedure. Het betreft hier in de eerste plaats problemen die samenhangen met de bevoegdheid van geschillencommissies (par. 5.7.1). In het verlengde hiervan liggen mogelijke grondwettelijke bezwaren tegen het opdragen van de beslechting van geschillen aan instanties die niet tot de rechterlijke macht behoren

⁵⁸ Uit onderzoek van het WODC blijkt dat wanneer volgens het bindend advies van een geschillencommissie op de consument een verplichting rust, ondernemers aangeven in 94% slechts soms of helemaal geen problemen ondervinden met de nakoming van het bindend advies door de consument. Omgekeerd geven consumenten aan dat wanneer volgens het bindend advies van de geschillencommissie op de ondernemer een verplichting rust, ondernemers een dergelijke verplichting in 82% van de gevallen ook nakomen, zij het dat consumenten in 28% van de gevallen daartoe wel actie moesten ondernemen om de ondernemer hiertoe te bewegen, zie Klapwijk/Ter Voert 2009, p. 80-81.

⁵⁹ Zie op de website van De Geschillencommissie onder 'Veelgestelde vragen', onder het kopje 'Nazorg', en bij de afzonderlijke geschillencommissies onder het kopje 'Als de ondernemer de uitspraak niet nakomt?' Zie voorts ook Hondius 2006b, p. 199; Jacobs 1998, p. 331-332; Giesen 2009, 319-320.

⁶⁰ Zie Hondius 2006a, p. 482.

⁶¹ Zie op de website van De Geschillencommissie onder 'Veelgestelde vragen', onder het kopje 'Indiening van het geschil'.

(par. 5.7.2). Specifieke problemen gelden voor internationale gevallen (par. 5.7.3). Ten slotte kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij de waarborgen die worden geboden bij de procedure bij geschillencommissies (par. 5.7.4).

5.7.1 DE BEVOEGDHEID VAN DE GESCHILLENCOMMISSIE

Hoewel procedures bij een geschillencommissie zeker uit kostenperspectief in de huidige situatie in veel gevallen de voorkeur hebben, zal die procedure niet in alle gevallen voor een consument beschikbaar zijn. Een eerste belemmering wordt gevormd door het feit dat op veel gebieden geen (erkende) geschillencommissie bestaat. Het stelsel van geschillencommissies is niet dekkend en zal dat waarschijnlijk ook nooit helemaal worden.⁶² Voor deze gevallen is alleen de gang naar de burgerlijke rechter mogelijk. Dat neemt niet weg dat het aantal geschillencommissies de afgelopen jaren zo sterk is gestegen, dat deze vorm van alternatieve geschilbeslechting in veel consumentengeschillen inmiddels in beginsel wel beschikbaar is.

Maar ook wanneer er wel een geschillencommissie bestaat die het geschil zou kunnen beslechten, is niet gegeven dat de geschillencommissie ook bevoegd zal zijn om kennis te nemen van het geschil. In de eerste plaats kunnen bepaalde geschillen of vorderingen worden uitgesloten van behandeling. Zo kunnen vorderingen met een geldelijke waarde van minder dan € 100 niet worden voorgelegd aan de geschillencommissie van het Kifd,⁶³ terwijl bij andere geschillencommissies vorderingen een bepaald maximum niet te boven mogen gaan.⁶⁴

Een tweede belemmering is van meer fundamentele aard: *beide* partijen moeten bereid zijn om het geschil te laten beslechten door de geschillencommissie. Nu geschillencommissies geen instanties zijn die tot de rechterlijke macht behoren,⁶⁵ is hun bevoegdheid immers afhankelijk van de bereidheid van de consument en de ondernemer om geschillen aan een dergelijke commissie te onderwerpen. In de praktijk biedt de ondernemer de consument veelal door opname van een bindend adviesbeding in zijn algemene voorwaarden de mogelijkheid om het geschil in

⁶² Ministerie van Justitie 2006, p. 5-6. Vgl. ook Hondius 2006a, p. 475.

⁶³ Zie art. 7 onder d Reglement Ombudsman Financiële Dienstverlening en art. 6 lid 2 Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

⁶⁴ Zo mogen vorderingen bij de Geschillencommissie Makelaardij het bedrag van € 10.000 niet te boven gaan indien de makelaar lid is van de Vereniging Bemiddeling Onroerend Goed (VBO). Een zelfde limiet geldt voor schadevergoedingsvorderingen tegen leden van de Nederlandse Vereniging van Makelaars o.g. en vastgoeddeskundigen (NVM) of van de Landelijke Makelaars Vereniging (LMV), maar andere vorderingen mogen wel boven dit bedrag worden ingesteld; vgl. art. 5 onder d en e Reglement Geschillencommissie Makelaardij.

⁶⁵ Dit kan overigens best naar Deens voorbeeld worden veranderd door de geschillencommissies wél in het justitieel apparaat op te nemen, vgl. Hondius 2006b, p. 199 en 201.

plaats van aan de burgerlijke rechter aan een geschillencommissie voor te leggen.⁶⁶

De grondslag van de bevoegdheid van de geschillencommissie berust zo gezien op de eigen wil van partijen om het geschil ter beslechting aan de geschillencommissie voor te leggen. Deze benadering past ook goed bij het beginsel van contractsvrijheid.⁶⁷ Daarin schuilt echter ook direct de zwakte van het stelsel. Reeds in 1973 concludeerde de CCA dat alleen in branches met een (zeer) hoge organisatiegraad de rechtspraak door geschillencommissies een effectief en volledig dekkend middel voor de behandeling van consumentenklachten kan worden.⁶⁸ Reden hiervoor is dat in een dergelijk geval de brancheorganisatie haar leden kan verplichten gebruik te maken van (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden, waaronder de mogelijkheid om geschillen aan de geschillencommissie voor te leggen. Een andere mogelijkheid kan erin bestaan dat de *wetgever* aansluiting bij een door hem erkende geschillencommissie verplicht stelt als voorwaarde om in een bepaalde branche werkzaam te zijn.⁶⁹

Wanneer de wetgever daar niet toe overgaat en niet alle ondernemers zijn aangesloten bij de brancheorganisatie, kunnen onwillige ondernemer zich in de regel eenvoudig aan de bevoegdheid van de geschillencommissie onttrekken door zich niet bij de geschillencommissie aan te sluiten. De CCA stelde in 1973 dat juist de minder bonafide ondernemers, die betrekkelijk veel klachten zullen veroorzaken en tegenover de goede naam van de branche onverschillig staan, weinig behoefte zullen hebben om zich aan de uitspraken van de geschillencommissie te onderwerpen.⁷⁰ Die neiging zal juist voor deze categorie ondernemers niet zo groot zijn omdat zij erop kunnen speculeren dat de daaraan verbonden kosten een consument er waarschijnlijk van zullen weerhouden om zijn rechten te handhaven bij de burgerlijke rechter.

5.7.2 GRONDWETTELIJKE BEZWAREN?

Een wettelijke verplichting voor ondernemers om zich aan te sluiten bij en zich te onderwerpen aan de geschilbeslechting door geschillencommissies lijkt op gespannen voet te bestaan met de bepaling van art. 17 van de Grondwet. Dit artikel bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Art. 112 Grondwet bepaalt vervolgens dat de beslechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen is opgedragen aan de rechterlijke macht. In het verleden is wel betoogd dat art. 17 en 112 Grondwet meebrengen dat contractuele afwijking of uitsluiting van de bevoegdheid van de

⁶⁶ Vgl. Polak 1985, p. 753-754. Daarbij verdient opmerking dat een bindend advies-beding in algemene voorwaarden van een ondernemer als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt indien de consument niet de mogelijkheid wordt geboden om het geschil binnen een termijn van (ten minste) een maand nadat de ondernemer een beroep op het beding heeft gedaan, alsnog aan de burgerlijke rechter voor te leggen, zie art. 6:236 sub n BW.

⁶⁷ Jacobs 1998, p. 181. Zie ook CCA-advies 1973, p. 15-16.

⁶⁸ Zo reeds CCA-advies 1973, p. 9, 15.

⁶⁹ In par. 5.7.2 wordt ingegaan op mogelijke grondwettelijke bezwaren tegen deze constructie.

⁷⁰ CCA-advies 1973, p. 15.

burgerlijke rechter om geschillen tussen partijen te beslechten, slechts mogelijk zou zijn voor zover de wet dit toelaat. Omdat bindend advies, anders dan arbitrage, niet op een wettelijke basis berustte, zou geschilbeslechting op basis van bindend advies (zoals deze geschiedt door geschillencommissies) in strijd met de Grondwet zijn.⁷¹ Met de inwerkingtreding van de regeling van de vaststellingsovereenkomst op 1 september 1993⁷² is de discussie over de grondwettigheid van de geschilbeslechting door middel van bindend advies grotendeels beslecht, nu het bindend advies blijkens de woorden van art. 7:900 lid 2 BW uitdrukkelijk als vaststellingsovereenkomst aangemerkt,⁷³ zodat titel 7.15 BW thans de wettelijke grondslag biedt waar om gevraagd werd.⁷⁴

Dat betekent echter niet dat de discussie over de grondwettigheid van de geschilbeslechting door geschillencommissies geheel voorbij zou behoeven te zijn. Weliswaar is – mede door plaatsing op de zwarte lijst van het bindend adviesbeding in algemene voorwaarden dat de keuze voor de gewone rechter uitsluit – verzekerd dat een *consument* niet tegen zijn wil van de gang naar de burgerlijke rechter kan worden afgehouden, problematischer is de positie van de *ondernemer*. De bij De Geschillencommissie aangesloten geschillencommissies zijn tot stand gekomen na overleg tussen de desbetreffende brancheorganisatie(s) en de Consumentenbond (en soms een andere consumentenorganisatie, zoals de ANWB). Onderdeel van de afspraken is steeds dat de brancheorganisatie haar leden verplicht een bindend adviesbeding in de algemene voorwaarden op te nemen op grond waarvan de geschillencommissie bevoegd is om een geschil tussen de ondernemer en een consument te beslechten, tenzij de consument zich daartegen verzet. Men zou nog kunnen betogen dat de ondernemer er zelf voor gekozen heeft om lid te worden van de brancheorganisatie en dus vrijwillig de uit het lidmaatschap voortvloeiende verplichtingen – inclusief de verplichting akkoord te gaan met geschilbeslechting door de geschillencommissie – op zich heeft genomen.⁷⁵ Die redenering gaat echter niet meer op wanneer de wetgever bepaalt dat het aangesloten zijn bij een geschillencommissie een voorwaarde is voor het mogen opereren op een bepaalde markt,⁷⁶ zoals inmiddels al geldt voor financiële dienstverleners en energiebedrij-

71 In deze zin Heemskerk 1983, p. 229-231, met nadere verwijzingen.

72 Wet van 27 mei 1993, *Stb.* 1993, 309.

73 Vgl. Mon. Nieuw BW B-80 (A.A. van Rossum), nr. 32-33; Van Zijst 2001, p. 78.

74 Zo ook Jongbloed 2006, p. 436. Heemskerk noemt het bezwaar van de ongrondwettigheid dan ook niet meer in zijn bewerking van Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 198.

75 Zo CCA-advies 1973, p. 18.

76 In de nota Bruikbare rechtsorde, *Bijl. Handelingen II* 2003/04, 29 729, nr. 9, p. 26-27, zinspeelt de Minister van Justitie al nadrukkelijk op een dergelijke verplichting.

ven.⁷⁷ Bij overeenkomsten met een consument zijn dus zowel de financieel dienstverlener als de leverancier van elektriciteit feitelijk gedwongen om mee te werken aan beslechting van een geschil door een ander dan de burgerlijke rechter. Wordt de ondernemer in zo'n geval niet tegen zijn wil van de gang naar de burgerlijke rechter afgehouden?⁷⁸ En is daarmee *feitelijk* niet de beslechting van het geschil opgedragen aan de desbetreffende geschillencommissie in plaats van aan de burgerlijke rechter? Waar de consument nog de mogelijkheid heeft om (toch) te kiezen voor beslechting van het geschil door de rechter, heeft de ondernemer die mogelijkheid immers niet.

Daar kan tegenin worden gebracht dat van strijd met de Grondwet geen sprake is, aangezien de geschillencommissie formeel slechts vaststelt wat rechtens is tussen partijen en de uitspraak vervolgens onderdeel uitmaakt van de contractuele verhouding tussen partijen. Verdedigbaar is dat pas indien een van de partijen het met die vaststelling niet eens is, sprake is van een geschil als bedoeld in art. 112 Gw. Op dat moment is, veelal gedurende een korte periode na verzending van het bindend advies, (marginale) toetsing van het bindend advies mogelijk. Contractuele uitsluiting van de mogelijkheid tot marginale toetsing is niet mogelijk.⁷⁹ Van *uitschakeling* van de burgerlijke rechter is in deze opvatting dan geen sprake.⁸⁰ Ik denk dat die opvatting op zichzelf juist is. Bovendien kan worden gesteld dat het de ondernemer uiteraard vrij staat om simpelweg geen overeenkomsten met consumenten te sluiten indien hij geschillen niet wil laten beslechten door een geschillencommissie. Het lijkt daarmee in ieder geval *verdedigbaar* dat het opleggen van de verplichting aan ondernemers om mee te werken aan beslechting van

77 Zie voor financiële dienstverleners art. 4:17 lid 1 onder b Wet op het financieel toezicht. Krachtens die bepaling en art. 43 e.v. Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft is de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het Kifid als geschillencommissie erkend, zie het Besluit tot erkenning geschilleninstantie Wet op het financieel toezicht van 22 december 2006, *Stcrt.* 2007, 5. Zie voor de elektriciteitsbedrijven art. 6 van de op onder meer art. 95m lid 9 Elektricitwet gebaseerde Regeling afnemers en monitoring Elektricitwet 1998 en Gaswet. Volgens dat artikel wordt in een transportovereenkomst of een leveringsovereenkomst met een consument of andere kleinverbruiker in ieder geval bepaald dat zij geschillen die voortvloeien uit de overeenkomst kunnen voorleggen aan een onafhankelijke geschillencommissie. Een ondernemer die aan kleinverbruikers elektriciteit wil leveren, dient overeenkomstig art. 95a Elektricitwet over een vergunning te beschikken. Volgens art. 2 lid 8 van het Besluit leveringszekerheid Elektricitwet 1998 dienen vergunninghouders in hun overeenkomsten met kleinverbruikers voorwaarden te hanteren die in overeenstemming zijn met hetgeen bij of krachtens de wet is bepaald. Daarmee worden ondernemers die aan consument en andere kleinverbruikers elektriciteit willen leveren, indirect verplicht zich aan te sluiten bij een geschillencommissie. In dit geval gaat het om de bij De Geschillencommissie aangesloten Geschillencommissie Energie en water. De geschillencommissie doet ook uitspraak in geschillen tussen een kleinverbruiker die geen consument is en een leverancier, zie <http://www.geschillencommissie.nl/> (laatstelijk gecontroleerd op 19 augustus 2009).

78 Om deze reden was de CCA in 1973 nog tegen het scheppen van de mogelijkheid om door middel van een algemeen verbindendverklaring van bindend advies-bedingen niet bij een geschillencommissie aangesloten ondernemers te dwingen toch aan de geschillenbeslechting door de geschillencommissie deel te nemen, zie CCA-advies 1973, p. 16.

79 Zie reeds HR 11 januari 1924, *NJ* 1924, 293 (*Pollaert/Thomassen q.q.*), waarover Polak 1985, p. 757.

80 Zo Polak 1985, p. 759; Brack 1986, p. 192.

consumentengeschillen door een geschillencommissie niet onverenigbaar is met de Grondwet.⁸¹

Kortom: grondwettelijke bezwaren zijn er niet voor die geschillencommissies waar ondernemers zich, als lid van een brancheorganisatie of op eigen initiatief, op 'vrijwillige' basis bij hebben aangesloten. *Vermoedelijk* is dat ook het geval voor geschillencommissies waar ondernemers zich verplicht bij hebben moeten aansluiten op grond van een wettelijk voorschrift of om in aanmerking te komen voor een vergunning om het eigen bedrijf uit te voeren.⁸²

5.7.3 INTERNATIONALE PROCEDURES

Veel groter zijn de problemen bij internationale consumentenovereenkomsten. Waar de internationale bevoegdheid van de burgerlijke rechter voortvloeit uit de bepalingen van het internationaal privaatrecht, is de bevoegdheid van een geschillencommissie afhankelijk van de wilsovereenstemming van partijen. Een in het buitenland woonachtige consument die een overeenkomst heeft gesloten met een bij de geschillencommissie aangesloten ondernemer kan het geschil in beginsel aan de geschillencommissie voorleggen. Deze consument zal dan wel in Nederland moeten willen procederen, met de bijbehorende reis- en verblijfskosten indien hij de mondelinge behandeling van het geschil zou willen bijwonen.⁸³

Nederlandse consumenten zullen bij internationale overeenkomsten slechts in uitzonderlijke gevallen het geschil aan de (Nederlandse) geschillencommissie kunnen voorleggen. Dat zal het geval kunnen zijn als de in het buitenland gevestigde ondernemer (desondanks) lid is van de Nederlandse brancheorganisatie,⁸⁴ of de geschillencommissie de mogelijk biedt aan andere ondernemers dan die welke bij een brancheorganisatie aangesloten zijn om zich te onderwerpen aan de geschilbeslechting door de geschillencommissie en de ondernemer van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt. In de meeste gevallen zullen zij echter gebruik moeten maken van de procedure bij de – volgens de regels van het internationaal

81 Overigens kan de wetgever grondwettelijke problemen, zo die er op dit punt echt zouden zijn, eenvoudig omzeilen door de geschillencommissies die met 'verplichte' deelname van ondernemers te maken hebben, bij wet in formele zin aan te wijzen als onderdeel van de rechterlijke macht, nu dergelijke geschillencommissies ontegenzeggelijk duurzaam met 'rechtspraak' zijn belast. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, aantekening 2 bij art. 112 en aantekening 1 bij art. 116 Gw, in: *T&C Grondwet*.

82 Dat neemt niet weg dat zeker de indirecte regeling van de verplichting tot aansluiting bij de geschillencommissie, zoals deze voortvloeit uit de op de Elektriciteitswet gebaseerde lagere regelgeving niet de schoonheidsprijs verdient: een dergelijke verplichting zou mijns inziens een directe basis in de Elektriciteitswet zelf moeten hebben, zoals wel voorzien is in de Wet financieel toezicht.

83 Blijkens het Jaarverslag van De Geschillencommissie dienden in 2008 201 in het buitenland woonachtige consumenten een klacht in. In de meeste gevallen leidde de klacht echter niet tot een uitspraak omdat de desbetreffende consumenten niet voldeden aan de reglementaire eisen voor het indienen van een geschil, niet werd gereageerd op het verzoek aanvullende informatie te verstrekken, de ondernemer niet was aangesloten bij De Geschillencommissie of het geschil slechts ter informatie werd toegezonden. Het aantal uitspraken dat in 2008 werd verzonden aan in het buitenland woonachtige consumenten bedroeg 43. Zie De Geschillencommissie 2008, p. 13.

84 Meestal zal in dat geval de overeenkomst echter gesloten zijn met een Nederlandse dochteronderneming, die zelf lid is van de brancheorganisatie.

privaatrecht bevoegde – burgerlijke rechter of bij een in het land van herkomst van de verkoper of dienstverlener gevestigde geschillencommissie of andere buitengerechterlijke geschilbeslechter.

5.7.4 WAARBORGEN VOOR DE PROCEDURE BIJ GESCHILLENCOMMISSIES

Voor procedures bij een geschillencommissie gelden niet dezelfde wettelijke waarborgen als voor een gerechtelijke procedure, zoals ook al blijkt uit het feit dat de geschillencommissies niet gebonden zijn aan het wettelijke bewijsrecht en veelal niet volgens het recht, maar naar billijkheid beslissen. Daarbij kunnen zij zo nodig ook afwijken van wat de consument heeft verzocht.⁸⁵ Aan de vrijheid van geschillencommissies worden wel grenzen gesteld. Zo zal een bindend advies dat tot stand is gekomen terwijl de beginselen van hoor en wederhoor zijn geschonden, door partijen kunnen worden vernietigd op basis van art. 7:904 BW.⁸⁶

Waarborgen worden ook geboden door de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997. In deze buitenwettelijke regeling heeft de Minister van Justitie aangegeven aan welke vereisten geschillencommissies moeten voldoen om door hem erkend te worden; erkenning van de geschillencommissie is vervolgens een voorwaarde om in aanmerking te komen voor subsidiëring van de geschillencommissie door de minister. De Erkenningsregeling stelt onder meer eisen aan de samenstelling van de geschillencommissie, de wijze van behandeling van geschillen, de procesvoering (incl. het recht op hoor en wederhoor), het klachtengeld dat van partijen geheven wordt, de wijze waarop de uitspraak wordt vastgesteld en bekendgemaakt aan partijen, de motivering van de uitspraak en de regels voor eventueel hoger beroep. Daarnaast dienen de bij de geschillencommissie aangesloten ondernemers een groep van voldoende betekenis te vormen en dient aansluiting bij de geschillencommissie mogelijk te zijn voor iedere tot de branche behorende ondernemer.⁸⁷ De geschillencommissies die ressorteren onder De Geschillencommissie ressorteren zijn alle op basis van deze regeling door de Minister van Justitie erkend, zodat voor al deze geschillencommissies in ieder geval aan minimale procedurele vereisten is voldaan. Ook het Kifid heeft van de overheid erkenning gekregen, in dit geval in de vorm van een erkenningsbesluit door de Minister van Financiën.⁸⁸ In de praktijk voldoen de in dit preadvies besproken

85 Vgl. HR 17 november 1995, NJ 1996143 (*Buijs/Koene*); Dommering-van Rongen 1986, p. 193.

86 Zie bijv. Jacobs 1998, p. 213.

87 Zie art. 3 en 4 Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997, *Stcrt.* 1996, 248.

88 Het Kifid is door de Minister van Financiën erkend als een geschilleninstantie als bedoeld in artikel 4:17, eerste lid, onder b, van de Wet op het financieel toezicht, zie het Besluit tot erkenning geschilleninstantie Wet op het financieel toezicht van 22 december 2006, *Stcrt.* 2007, 5.

geschillencommissies dan ook aan de noodzakelijke waarborgen voor een eerlijke en onpartijdige behandeling van het geschil.⁸⁹

Dat betekent niet dat er op het punt van de procedure geen problemen zijn. In de praktijk zijn de uitspraken van geschillencommissies aanmerkelijk slechter toegankelijk dan de uitspraken van de burgerlijke rechter. Werden voorheen vooral de uitspraken van de hogere rechters gepubliceerd in de juridische vakbladen, tegenwoordig zijn op alle rechtsgebieden talloze uitspraken algemeen toegankelijk via rechtspraak.nl, ook van lagere rechters. De uitspraken van geschillencommissies worden incidenteel en veelal in verkorte vorm gepubliceerd in tijdschriften als het *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* en het *Tijdschrift voor Arbitrage*, maar een algemeen toegankelijke site met volledige uitspraken is tot dusver geen sprake. Wel worden op de website van De Geschillencommissie geanonimiseerde samenvattingen van eerdere uitspraken van de afzonderlijke geschillencommissies gepubliceerd die representatief zouden moeten zijn voor de lijn van de uitspraken van de desbetreffende geschillencommissie over een bepaald onderwerp. Desalniettemin is het voor met name consumenten, maar ook voor veel kleine ondernemers, en de rechtshulpverleners van deze kleinere partijen moeilijk in te schatten wat de uitspraak van de geschillencommissie zal zijn.⁹⁰ Ondernemers die vaker voor de geschillencommissie optreden – te denken is aan ondernemers op een markt met maar een of enkele aanbieders van een zaak of dienst, zoals bij de levering van energie, bij post en telecommunicatie en bij openbaar vervoer – kunnen als *repeat player* die inschatting veel beter maken, wat uiteraard ook hun handelwijze en eventuele onderhandelingsstrategie kan beïnvloeden. De beperkte ontsluiting van de uitspraken van de geschillencommissies beperkt bovendien de mogelijkheid van becommentariëring van deze uitspraken door wetenschappers en praktijkjuristen en daarmee van de publieke en inhoudelijke controle van dergelijke uitspraken. Dat is des te problematischer nu een dergelijke controle door de vrijwel afwezige mogelijkheid van hoger beroep ook niet door een beroepsinstantie plaatsvindt – afgezien van de mogelijkheid om een bindend advies in extreme gevallen te vernietigen op de voet van art. 7:904 BW.

Een ander probleem betreft de rechtsvorming. De problemen met de toegang van consumenten tot de burgerlijke rechter en het succes van de geschillencommissies als alternatieve geschillenbeslechting leidt ertoe dat consumentengeschillen in de praktijk grotendeels onttrokken zijn aan het oordeel van de burgerlijke rechter,

89 Vgl. ook CCA-advies 1973, p. 9. Daarmee bieden geschillencommissies overigens verdergaande waarborgen dan volgens de Hoge Raad is vereist voor geschilbeslechting: blijkens HR 30 oktober 2009, *RvdW* 2009, 1278 kunnen partijen immers afstand doen van het recht op onpartijdige en onafhankelijke behandeling door een bindend adviseur, mits zij er vooraf van op de hoogte zijn dat de bindend adviseur niet onpartijdig en niet-onafhankelijk zal oordelen.

90 Jacobs 1998, p. 188; Bauw/Hartendorp 2005, p. 2308; Hondius 2006a, p. 477.

die hierdoor ook niet rechtsvormend kan optreden.⁹¹ Bovendien is hierdoor de consistentie tussen de ontwikkeling van het consumentenrecht en de overige onderdelen van het vermogensrecht niet goed gewaarborgd.⁹² Daar komt nog bij dat aangezien geschillencommissies niet tot de rechterlijke macht behoren, zij ook geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen (of behoeven te) stellen.⁹³ Het risico bestaat dan ook dat door de geschillencommissies onvoldoende aandacht wordt besteed aan Europese richtlijnen en rechtspraak en dat het consumentenrecht in de praktijk aan de ontwikkelingen in het Europese recht voorbij gaat. Het is bovendien niet zeker of een bindend advies dat in strijd is met dwingend Europees consumentenrecht, steeds op die grond kan worden vernietigd, nu art. 7:902 BW daaraan in de weg lijkt te staan. Europese rechtspraak lijkt echter mee te brengen dat een dergelijk bindend advies desalniettemin steeds vernietigd zou moeten worden.⁹⁴

5.8 Evaluatie: de voor- en nadelen van de procedure bij de geschillencommissie boven de procedure voor de burgerlijke rechter

Consumenten lijken iets beter bekend te zijn met de mogelijkheid om het geschil te laten beslechten door de geschillencommissie. De procedure bij de geschillencommissie is bovendien minder formeel en eenvoudiger te beginnen – invulling van een vragenformulier, eventueel online, is voldoende. Wel zijn de voorwaarden voor het indienen van een geschil bij een geschillencommissie in de regel strenger: anders dan bij de gewone rechter is het rauwelijks indienen van een vordering niet mogelijk, terwijl het geschil bovendien binnen een relatief korte termijn na het ontstaan van de klacht aan de geschillencommissie moet zijn voorgelegd. Deze formaliteiten werpen op zichzelf een drempel op voor de consument om het geschil te doen beslechten door een geschillencommissie. Daar staat tegenover dat zij ertoe bijdragen dat *wanneer* het geschil eenmaal aanhangig is, de geschillencommissie binnen een relatief korte termijn na het ontstaan van het geschil een einduitspraak kan doen, doordat hoger beroep en cassatie meestal niet beschikbaar zijn en bovendien veel minder gebruik wordt gemaakt van tijdrovende en kostbare bewijsmiddelen als getuigenbewijs en deskundigenbericht. De procedure kan, evenals

91 Jacobs 1998, p. 188-189; Hondius 2006a, p. 477. Dit zou nog sterker gelden indien on- en minvermogene consumenten 'gestimuleerd' zouden worden om consumentengeschillen voor te leggen aan een geschillencommissie in plaats van aan de burgerlijke rechter doordat in een dergelijke situatie een hogere eigen bijdrage wordt gevraagd. Zie hierover kritisch Bannier/Prakke/Verkijk 2008.

92 Vgl. Bauw/Hartendorp 2005, p. 2308.

93 Zie bijv. Hof van Justitie 10 december 2009, zaak C-205/08, n.n.g. (Umweltanwalt von Kärnten/Kärntner Landesregierung).

94 In het *Pannon*-arrest (Hof van Justitie 4 juni 2009, zaak C-243/08 (Pannon), *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009/5, p. 191-194 (m.nt. M.B.M. Loos)) lijkt het Hof van Justitie aan te geven dat het Europees consumentenrecht meebrengt dat strijd met die bepalingen op dezelfde wijze moet worden behandeld als strijd met de openbare orde. Als het *Pannon*-arrest inderdaad zo moet worden opgevat, dan zou een bindend advies dat in strijd is met dwingend Europees consumentenrecht op de voet van art. 7:904 BW vernietigd moeten worden.

overigens die bij de kantonrechter, zonder bijstand van een advocaat worden gevoerd. Bovendien loopt de consument niet het risico van een proceskostenveroordeling, terwijl een eventuele weigering van de ondernemer om het bindend advies na te leven in de praktijk voor de consument niet al te veel problemen behoeft op te leveren door de nakomingsgarantie die de brancheorganisaties veelal hebben afgegeven.

Het voordeel van de snelle procedure heeft, uiteraard, ook zijn negatieve kanten. Zo zijn de termijnen waar de consument zich aan moet houden om een geschil na het ontstaan ervan aan de geschillencommissie voor te leggen, niet erg lang, en zijn de termijnen om de klacht aan de ondernemer voor te leggen soms rondit kort (enkele weken na het ontstaan van de klacht). Het nalaten van het volgen van een interne klachtenprocedure van de ondernemer leidt veelal tot niet-ontvankelijkheid van de klacht van de consument. Het grotendeels achterwege blijven van bewijsmiddelen als getuigenverhoor en deskundigenbericht betekent voorts dat het oordeel van de geschillencommissie in veel gevallen op minder informatie is gebaseerd dan dat van de burgerlijke rechter, zodat het risico op een inhoudelijk verkeerde beslissing groter lijkt. Ook het feit dat de verliezer niet in de proceskosten wordt veroordeeld, heeft een keerzijde: met uitzondering van het klachtengeld worden de kosten die de consument heeft gemaakt om de vordering voor te leggen aan de geschillencommissie niet vergoed. Bovendien is het niet mogelijk om op basis van een toevoeging te procederen. De eventuele kosten voor rechtsbijstand zal de consument dus steeds zelf moeten dragen, ook als hij anders in aanmerking zou komen voor gefinancierde rechtsbijstand.

Uit het voorgaande blijkt dat de procedure bij de geschillencommissie op de punten die het moeilijk maakten om een geschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen, duidelijk beter scoort. Dat betekent niet dat het voorleggen van een geschil aan een geschillencommissie zonder nadelen zou zijn. In de eerste plaats biedt ook de procedure voor de geschillencommissies geen oplossing voor geschillen waar het financiële belang van de consument zo gering is dat het niet of nauwelijks opweegt tegen de moeite van het voeren van een procedure. Vrijwel niemand zal immers procederen 'vanwege het principe' alleen, als het bedrag dat hij te vorderen heeft, gelijk of lager is dan de kosten die hij zal moeten maken om dat bedrag op te eisen. In dat verband is het van belang te memoreren dat hoewel de kosten voor het procederen bij een geschillencommissie gering zijn, de afwezigheid van een proceskostenveroordeling wel meebrengt dat de consument deze kosten ook draagt indien hij de procedure wint. Voor bijvoorbeeld strooischadezaken bieden ook procedures bij geschillencommissies geen reële oplossing.

Maar ook waar de vordering van de consument wel een serieus te nemen financieel belang vertegenwoordigt, kent de procedure voor een geschillencommissie nadelen. In par. 5.7 zijn enkele specifieke voor geschillencommissies geldende problemen aan de orde gekomen. Daaruit blijkt dat in veel gevallen consumenten

geen gebruik kunnen maken van de procedure voor de geschillencommissie omdat een dergelijke geschillencommissie niet bestaat of deze niet bevoegd is om te oordelen over het geschil omdat de ondernemer niet aangesloten is bij de geschillencommissie. Dat probleem speelt in het bijzonder bij internationale consumentenovereenkomsten. Voor binnenlandse consumentenovereenkomsten geldt dat in voor de rechtspraktijk belangrijke sectoren als de elektriciteitsmarkt en de financiële dienstverlening aansluiting van de ondernemer bij respectievelijk de Geschillencommissie Energie en Water en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening als vereiste geldt voor het verkrijgen van een vergunning tot het leveren van elektriciteit of financiële diensten aan consumenten. Daarmee is de bevoegdheid van de geschillencommissie geen probleem. De grondwettelijke bezwaren dat op die wijze de ondernemer wordt afgehouden van de mogelijkheid om een geschil voor te leggen aan de burgerlijke rechter gaan mijns inziens niet op, omdat het bindend advies uiteindelijk wel marginaal door de burgerlijke rechter getoetst kan worden. Voor de genoemde geschillencommissies geldt bovendien dat zij voldoen aan de minimale procedurele vereisten die worden gesteld in de Erkenningensregeling geschillencommissies consumentenklachten 1997 respectievelijk het Erkenningsbesluit van de Minister van Financiën. Daarmee voldoen deze geschillencommissies, evenals de andere onder De Geschillencommissie vallende geschillencommissies, aan de noodzakelijke waarborgen voor een eerlijke en onpartijdige behandeling van het geschil.

In de praktijk wordt het recht op het gebied van het consumentenrecht grotendeels gevormd door geschillencommissies, die formeel zelfs niet gebonden zijn aan de regelen des rechts. Daarbij bestaat het risico dat onvoldoende aandacht wordt besteed aan Europese richtlijnen en rechtspraak, waardoor het consumentenrecht in de praktijk aan de ontwikkelingen in het Europese recht voorbij zou kunnen gaan. Dit wordt verergerd door het feit dat geschillencommissies zelf geen prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof van Justitie en de bindende adviezen slechts zelden aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd: wanneer een voor hen gunstig bindend advies niet wordt nagekomen, kunnen consumenten veelal een beroep doen op de nakomingsgarantie van de branche, terwijl consumenten en ondernemers die een bindend advies willen vernietigen, geconfronteerd worden met een slechts marginale toetsing door de burgerlijke rechter.

Een probleem is voorts de gebrekkige publicatie van de uitspraken van geschillencommissies en daarmee een gebrek aan (publieke) controle over de uitspraken van de geschillencommissies. Die publieke controle, in de vorm van de mogelijkheid voor wetenschappers en praktijkjuristen om uitspraken te becommentariëren of de Consumentenautoriteit om proefprocedures uit te lokken bij de gewone rechter, is des te meer belangrijk gezien het grotendeels ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep en, als gezegd, de zeer beperkte mogelijkheid tot het aantasten van een bindend advies door de burgerlijke rechter.⁹⁵ Voor zover geschillencom-

95 Zo ook Schaub 2009, p. 167.

missies ten onrechte dwingend (Europees) consumentenrecht niet zouden toepassen, zouden ze daar (zo nodig publiekelijk) op gewezen moeten kunnen worden door wetenschappers en praktijkjuristen. Door de gebrekkige ontsluiting van de uitspraken van de geschillencommissies is die publieke controle eveneens gebrekkig. Dat is ook voor partijen ongelukkig, omdat hierdoor de uitspraken van geschillencommissies niet goed voorspelbaar zijn. Dat probleem raakt in de eerste plaats natuurlijk de belangen van partijen en draagt eraan bij dat hun rechtszekerheid minder goed gewaarborgd is dan mogelijk zou zijn.

Beide procedures hebben dus voor- en nadelen ten opzichte van elkaar. In theorie lijken er daarmee twee gelijkwaardige procedures ter beschikking van de consument te staan: de gang naar de kantonrechter of die naar de geschillencommissie. In werkelijkheid wordt de keuze tussen deze twee mogelijkheden de consument uit kostenoverwegingen echter vrijwel geheel ontnomen.

Een rekenvoorbeeld, waarin wordt uitgegaan van de huidige situatie, illustreert dit. In de regel zal het financiële belang van de consument relatief gering zijn. In vrijwel alle gevallen – geschillen over de koop en bouw van woningen en, tot de verhoging van de competentiegrens, over de koop van auto's en paarden daargelaten – zal de kantonrechter bevoegd zijn om van een geschil kennis te nemen. Dat betekent dat een consument die een vordering aanhangig wil maken, wel de kosten van de dagvaarding en de griffierechten moet betalen, maar geen kosten voor rechtsbijstand hoeft te maken, aangezien geen verplichte procesvertegenwoordiging bestaat. Stel nu dat de door de consument voor een prijs van € 100 gekochte digitale camera na 8 maanden kapot gaat en er geen garantie (meer) van toepassing is op de camera. In dat geval heeft de consument recht op vervanging van de camera overeenkomstig het bepaalde in art. 7:21 BW indien sprake is van non-conformiteit van de camera. Voor het instellen van een dergelijke vordering bij de burgerlijke rechter is hij een bedrag van maar liefst € 182,25 kwijt aan kosten voor het uitbrengen van de dagvaarding en aan griffierechten. Daar komen eventueel nog bij de – vaak relatief hoge⁹⁶ – kosten voor het onderzoeken van de camera door een deskundige, die bijv. zal moeten vaststellen waardoor de camera niet meer functioneert en of het gebrek dat dit heeft veroorzaakt, al op het moment van aflevering van de camera (latent) bestond. Daarbij geldt dat het risico dat ook na het onderzoek onduidelijk blijft wanneer het gebrek is ontstaan, voor risico blijft van de consument: hij slaagt er dan niet in te bewijzen dat de camera al bij aflevering niet aan de overeenkomst beantwoordde, zodat zijn vordering zal worden afgewezen. Bij verlies van de procedure zal de consument niet alleen de kosten voor het griffierecht, de dagvaarding en de kosten voor het deskundigenonderzoek moeten dragen, alsmede de kosten voor eventueel door hem ingeschakelde rechtsbijstand, maar eventueel ook de kosten die de ondernemer ter zake van rechtsbijstand heeft gemaakt.

96 Vgl. Dommering-Van Rongen 1986, p. 194.

Indien dezelfde procedure bij de Geschillencommissie Elektro wordt gevoerd, betaalt de consument alleen het klachtgeld, dat voor een procedure als deze € 50 bedraagt. Voor zover onderzoek door een deskundige nodig is, worden de kosten hiervan door de geschillencommissie gedragen. Partijen moeten zelf de kosten voor eventuele rechtsbijstand dragen, zodat de consument niet het risico van een proceskostenveroordeling loopt.

Onder deze omstandigheden zal (ook) een goed geïnformeerde, calculerende consument zich twee keer bedenken voordat hij een vordering aanhangig maakt bij de kantonrechter en, gezien de verplichte procesvertegenwoordiging, zeker voordat hij een vordering aanhangig maakt bij de sector civiel van de rechtbank. In de meeste gevallen is het economisch onverantwoord voor een consument om een procedure aanhangig te maken bij de rechter, zeker als bedacht wordt dat de kosten die de consument vooraf dient te betalen, in veel gevallen hoger zijn dan de nieuwwaarde van de zaak zelf – zo zijn scanners, digitale camera's, printers, friteuses en koffiezetapparaten al verkrijgbaar vanaf ongeveer € 50-75 – terwijl de goedkoopste koelkasten, wasmachines en fornuizen niet veel duurder zijn dan het instellen van een vordering tot vervanging van een defect geraakt apparaat. Wanneer een dergelijk geschil niet aan een geschillencommissie kan worden voorgelegd, zal de consument in de meeste gevallen simpelweg afzien van het starten van enige procedure om zijn recht te halen.⁹⁷

⁹⁷ Vgl. ook CCA-advies 1973, p. 10-11.

6 Conclusies, aanbevelingen en stellingen

Kern van het kabinetsbeleid is dat handhaving van het consumentenrecht in de eerste plaats een taak voor consumenten zelf is.¹ Dat neemt niet weg dat, zoals de CCA zegt in een advies uit 2004, op de overheid wel de verplichting rust om toe te zien op de naleving van de door haar uitgevaardigde wetgeving, ook op het terrein van het consumentenrecht.² Dat brengt mee dat de overheid een verantwoordelijkheid heeft om te waarborgen dat de burger – zowel een ondernemer als een consument – toegang tot het recht heeft bij conflicten over de levering van een zaak of dienst. De verantwoordelijkheid is rechtstreeks wanneer het gaat om de gerechtelijke geschilbeslechting en indirect, maar daarmee niet minder serieus te nemen, ten aanzien van de informatieverstrekking en voorlichting aan consumenten en ondernemers en bij het aanbod en de kwaliteit van alternatieve geschilbeslechting.³

Ten aanzien van een van de randvoorwaarden voor handhaving van het consumentenrecht door individuele consumenten is de afgelopen jaren nadrukkelijk verbetering opgetreden. Met de oprichting van Consuwijzer is een goed toegankelijk middel gecreëerd voor het verschaffen van informatie, in begrijpelijke taal, aan consumenten en ondernemers over hun rechten en plichten. De brochures van Postbus 51 en de toegankelijkheid van het Juridisch Loket maken het ook voor digibeten mogelijk om op eenvoudige wijze informatie in te winnen.

De toegang tot de burgerlijke rechter is voor consumenten echter problematisch. De problemen van consumenten zijn van verschillende aard, maar een aantal problemen hangt samen met het geringe financiële belang, de hoge kosten – in het bijzonder de kosten voor de aanvang van de procedure, de kosten voor rechtsbijstand – en het risico van een proceskostenveroordeling. Daarnaast werkt het formele karakter van de gerechtelijke procedure voor veel consumenten afschrikwekkend. De wetgever is zich terdege van deze problematiek bewust en probeert ook daadwerkelijk om de procedure bij de burgerlijke rechter toegankelijker te maken. Een concreet voorbeeld biedt de voorgestelde wijziging van de competentiegrens en het opdragen van geschillen over consumentenkoopovereenkomsten als aardzaak aan de kantonrechter. Daarmee wordt in ieder geval de noodzaak tot verplichte procesvertegenwoordiging weggenomen en zullen de griffierechten

¹ Vgl. ook Bauw/Hartendorp 2005, p. 2304.

² CCA-advies 2004, p. 46.

³ Vgl. ook CCA-advies 2007, p. 37.

verminderen. Plannen om te komen tot een eenvoudigere procedure voor ‘eenvoudige civiele zaken’ zijn er eveneens, waarbij met name moet worden gewezen op het rapport van de ambtelijke werkgroep van het Ministerie van Justitie uit 2006. Het is spijtig dat aan dat rapport tot op heden nog geen nadere uitvoering is gegeven.

Stelling 1: Voor de beslechting van consumentengeschillen dient een eenvoudige procedure te worden ingericht overeenkomstig het model van de Europese small claims procedure.

Ook wanneer de eenvoudige procedure overeenkomstig de voorstellen van de ambtelijke werkgroep zou worden ingevoerd, al dan niet door de ‘gewone’ procedure bij de kantonrechter ingrijpend te herzien, zullen echter niet alle problemen opgelost zijn. In par. 5.8 is al aan de orde geweest dat de kosten voor het voeren van een procedure bij de burgerlijke rechter veelal niet in verhouding staan tot de hoogte van het financiële belang dat de consument bij zijn vordering heeft. Bovendien duurt een procedure bij de burgerlijke rechter in het algemeen veel te lang. Beide problemen worden bij invoering van de eenvoudige procedure zeker teruggebracht, omdat dan niet alleen de verplichte procesvertegenwoordiging vervalt en de griffierechten verlaagd worden, maar ook minder vaak gebruik zal worden gemaakt van tijdrovende en kostbare bewijsmiddelen als getuigenbewijs en deskundigenbericht. Op het belangrijke punt van de regeling van de proceskosten en het daarmee verbonden risico van een proceskostenveroordeling ontbreken helaas voorstellen; sterker nog: uit de parlementaire stukken bij het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken blijkt duidelijk dat de Minister van Justitie een principiële wijziging van deze regeling uitdrukkelijk afwijst. Dat betekent dat zelfs na invoering van een vereenvoudigde procedure het risico van een proceskostenveroordeling consumenten ervan zal (kunnen) weerhouden van het instellen van een vordering bij de burgerlijke rechter. Omgekeerd geldt dat in gevallen waarin de consument niet in staat is om de procedure zelf te voeren maar rechtsbijstand nodig heeft, hij vrijwel altijd een deel van de kosten hiervoor zelf zal moeten dragen, zelfs in gevallen waarin er geen werkelijke reden kan zijn om de vordering van de consument te betwisten (zoals het geval waarin de consument binnen de oorspronkelijke bedenktijd de koop op afstand heeft ontbonden en recht doet gelden op terugbetaling van de vooruitbetaalde koopprijs). Een aanpassing van de regeling inzake de proceskosten is dus dringend gewenst.

Stelling 2: De proceskostenveroordeling dient zo te worden aangepast dat consumenten die een procedure bij de kantonrechter verliezen, (behoudens gevallen van misbruik van de procedure) niet de kosten voor rechtsbijstand van de wederpartij behoeven te vergoeden.

Het beleid van de achtereenvolgende kabinetten om de buitengerechtelijke geschilbeslechting te stimuleren door de uitbreiding van het aantal onder De Geschillencommissie ressorterende geschillencommissies te bevorderen, is succesvol geble-

ken. Voor het in goede banen leiden van geschillen betreffende financiële dienstverlening is het Kifid opgericht, welk instituut overigens nog met kinderziekten kampt.⁴ Gezien de voordelen die geschillencommissies veelal bieden bovenop geschilbeslechting door de gewone rechter – onder meer korte procedures, informeel karakter en de relatief lage kosten voor zowel consumenten als ondernemers – is deze ontwikkeling zonder meer juist. Het probleem van de proceskosten is bij geschillencommissies bovendien veel geringer omdat zij geen proceskostenveroordeling uitspreken. De consument loopt dus niet het risico om de kosten die de ondernemer maakt ten behoeve van rechtsbijstand te moeten vergoeden indien hij de procedure verliest. Nu de procedure vrij eenvoudig is opgezet, behoeft de consument in de meeste gevallen ook zelf geen rechtsbijstand in te schakelen. Afgezien van het betalen van een (relatief laag) klachtengeld is de procedure ook kosteloos, zodat het geringe financiële belang niet in de weg hoeft te staan aan het aanhangig maken van een geschil. Onder deze omstandigheden lijkt het ook niet nodig om de Wet op de rechtsbijstand aan te passen door een toevoeging mogelijk te maken voor een procedure bij een geschillencommissie. Sterker nog: het lijkt mij verdedigbaar dat wanneer een consument er zelf voor kiest om een geschil niet aan een erkende geschillencommissie voor te leggen, maar aan de burgerlijke rechter, hij niet in aanmerking zou moeten kunnen komen voor een toevoeging.

Stelling 3: Consumenten zouden niet in aanmerking moeten komen voor een toevoeging wanneer zij er zelf voor kiezen om een geschil niet voor te leggen aan een geschillencommissie, maar aan de burgerlijke rechter.

Het Ministerie van Justitie zet terecht in op het bevorderen van het gebruik van geschillencommissies voor de beslechting van consumentengeschillen. Dat betekent niet dat die keuze alleen maar toegejuicht zou moeten worden. In feite is het gebruik van dergelijke procedures een goed uitgedrukte verlegenheidsoplossing. Zoals Brack het in 1986 zei: ‘Het is goed dat er (erkende) branchegeschillencommissies zijn. Het is tevens te betreuren dat ze er als onmisbare buitengerechtelijke noodoplossing hebben moeten komen. De overheid heeft met de ‘Erkennings- en subsidiëringsregeling commissies consumentenklachten’ (...) haar taak om te zorgen voor een voor ieder toegankelijke vorm van gerechtelijke geschillenbeslechting eenvoudigweg afgekocht.’⁵ Dat brengt met zich dat van de overheid mag worden verlangd dat zij de randvoorwaarden voor het goed functioneren van de geschillencommissies ook nadrukkelijk tot haar taak rekent. Dat doet zij op zich ook, maar op een aantal punten is wel degelijk verbetering mogelijk.

⁴ Te noemen zijn in het bijzonder de rol van de Ombudsman, wiens ‘bemiddeling’ consumenten wordt opgedrongen, ook als zij daar geen prijs op stellen, en het geringe aantal geschillen dat tot dusver is beslecht.

⁵ Brack 1986, p. 191.

In de eerste plaats zou het aantal geschillencommissies verder moeten worden uitgebreid en zouden ondernemers gestimuleerd moeten worden om zich bij een geschillencommissie aan te sluiten. Dat geldt ook voor op de Nederlandse markt opererende buitenlandse ondernemers. Op gereguleerde markten en op markten waar de concurrentie tussen verkopers en dienstverleners feitelijk gering is, zou aansluiting bij een erkende geschillencommissie zo veel mogelijk wettelijk verplicht moeten worden gesteld, bij voorkeur op basis van een uitdrukkelijke bepaling in een formele wet. Ter onderscheiding van niet bij de geschillencommissie aangesloten ondernemers kan overwogen worden om ondernemers de mogelijkheid te bieden gebruik te maken van een uniform logo, op vergelijkbare wijze als waarop de bij de Stichting Garantiefonds Reisgelden aangesloten reisorganisatoren en reisbureaus de aansluiting bij de Stichting kenbaar maken aan consumenten. Indien aan dat logo uitgebreide bekendheid wordt gegeven, zou dat ook kunnen bijdragen in het vertrouwen in op de Nederlandse markt opererende buitenlandse ondernemers die dat logo hanteren. Consumenten kunnen er dan zelf voor kiezen om wel of niet te contracteren met (binnenlandse of buitenlandse) ondernemers die het logo niet voeren en consumenten dus niet een eenvoudige mogelijkheid bieden om een procedure aanhangig te maken.

Stelling 4: Ondernemers die opereren op een gereguleerde markt of op een markt waar de concurrentie gering is, zouden zo veel mogelijk wettelijk verplicht moeten worden om zich aan te sluiten bij een erkende geschillencommissie.

In de tweede plaats zullen de uitspraken van de geschillencommissies op veel ruimhartiger schaal openbaar moeten worden gemaakt, zodat zij aan publieke controle onderworpen zullen zijn. Daar bestaan al geruime tijd plannen voor, maar het wordt tijd dat die plannen ook geëffectueerd worden. Daarbij denk ik niet zozeer aan de publicatie van (uittreksels van) voorbeelduitspraken op de website van De Geschillencommissie, maar aan een algemeen toegankelijk systeem, voorzien van een zoekfunctie, zoals rechtspraak.nl uitspraken van de gewone rechter toegankelijk maakt voor een breed publiek. De overheid zou een dergelijke algemene openbaarmaking van de uitspraken van de door haar erkende geschillencommissies als voorwaarde moeten stellen voor subsidiëring van deze geschillencommissies.

Stelling 5: De overheid zou door haar erkende geschillencommissies alleen voor subsidiëring in aanmerking moeten laten komen indien de uitspraken van deze geschillencommissies algemeen openbaar worden gemaakt.

De belangrijkste verbetering die naar mijn mening noodzakelijk is, zal echter ingrijpen van de wetgever vereisen. Zij betreft de versterking van de *kwaliteit* van de geschilbeslechting van de geschillencommissies. In par. 5.7 is geconstateerd dat het consumentenrecht in de praktijk vooral door geschillencommissies gevormd wordt en daarmee buiten het bereik van de burgerlijke rechter is geraakt. Daarmee

bestaat in de eerste plaats het gevaar dat het algemeen vermogensrecht en het consumentenrecht uit elkaar groeien omdat de burgerlijke rechter geen consumentengeschillen meer behandelt. Omgekeerd is het maar zeer de vraag of geschillencommissies – die in de regel niet overeenkomstig de regelen van het recht behoeven te oordelen, maar daar veelal wel bij willen aansluiten – op termijn kennis blijven houden van de ontwikkelingen in het algemene vermogensrecht. Bovendien: wetgeving op het gebied van het consumentenrecht vindt vooral plaats op Europees niveau. Het is geschillencommissies echter niet toegestaan om prejudiciële vragen over het Europees consumentenrecht te stellen aan het Hof van Justitie. Omdat consumentenzaken echter feitelijk grotendeels onttrokken zijn aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter, zullen dergelijke vragen ook niet door de gewone rechter worden gesteld.⁶ Het gevaar bestaat dan ook dat geschillencommissies, bewust of onbewust, grotendeels voorbijgaan aan ontwikkelingen binnen het algemene vermogensrecht en/of het Europees consumentenrecht. Het zou daarom te overwegen zijn om door de overheid erkende geschillencommissies in staat te stellen zelf prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Daarvoor is vereist dat de geschillencommissies worden gezien als ‘rechterlijke instanties’ in de zin van art. 234 EG-Verdrag, welk begrip door het Hof autonoom wordt ingevuld. Daarbij houdt het Hof rekening met een samenstel van factoren, waaronder de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter ervan, de verplichte rechtsmacht, de contradictoire procedure, de toepassing van de regelen van het recht door het orgaan en de onafhankelijkheid van het orgaan.⁷ Aan de meeste van deze factoren voldoen de geschillencommissies reeds nu; wel zou de geschilbeslechting door geschillencommissies van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag moeten worden voorzien, zoals thans al geldt voor de Geschillencommissie Energie en Water en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Slechts de factor van de verplichte rechtsmacht lijkt problematisch te kunnen zijn. Een alternatief zou zijn om geschillencommissies de bevoegdheid te geven tot het stellen van prejudiciële vragen aan een bijzondere kamer van een gerechtshof of aan de Hoge Raad, met name indien zich een vraag van uitleg van een Europese richtlijn voordoet. Het gerechtshof of de Hoge Raad kan dan zonodig zelf weer een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stellen. Om het risico van een toevloed van dergelijke zaken te beperken, zou kunnen worden overwogen om een dergelijke procedure alleen toe te staan met voorafgaand verlof van de desbetreffende kamer van het gerechtshof of de Hoge Raad. Een dergelijke procedure zou goed passen bij de versterking van de rechtsvormende taak van met name de Hoge Raad, zoals ook blijkt uit het voorgenomen voorzichtige experiment met de invoering van prejudi-

⁶ Mij zijn in ieder geval geen vragen van Nederlandse rechters op het gebied van het consumentenrecht bekend. Dat is een belangrijk verschil met landen als Duitsland en Spanje, waar regelmatig vragen over het Europees consumentenrecht worden gesteld aan het Hof van Justitie.

⁷ Zie Hof van Justitie 10 december 2009, zaak C-205/08, n.n.g. (*Umweltanwalt von Kärnten/Kärntner Landesregierung*), vaste rechtspraak.

ciële vragen aan de Hoge Raad in massaschadezaken.⁸ Het nadeel dat de procedure dan gedurende ruime tijd zal worden opgeschort, zal gezien het belang van het beantwoorden van dergelijke principiële vragen mijns inziens op de koop toe moeten worden genomen. Een alternatief zou zijn om voor dergelijke procedures de mogelijkheid tot cassatie in het belang der wet in te stellen, ware het niet dat in dat geval een uitspraak van het Hof van Justitie geen gevolgen meer zou hebben voor de uitspraak in het concrete geschil, zodat het Hof het verzoek om een beslissing op de prejudiciële vraag niet-ontvankelijk zal moeten verklaren.⁹ Deze optie zou dus geen bijdrage leveren aan de juiste toepassing van het Europese consumentenrecht door geschillencommissies, nog daargelaten dat gebruik van dit bijzondere rechtsmiddel afhankelijk is van de wil van de fungerende procureur-generaal om dergelijke zaken bij de Hoge Raad aan te brengen. Gezien het geringe aantal zaken waarin cassatie in het belang der wet wordt voorgesteld, heb ik daar geen hoge verwachtingen van.

Stelling 6: Geschillencommissies zouden hetzij in staat moeten worden gesteld om zelf prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie – in welk geval zij een uitdrukkelijke wettelijke grondslag dienen te krijgen als rechterlijke instantie – hetzij de mogelijkheid moeten krijgen om prejudiciële vragen aan een gerechtshof of de Hoge Raad te stellen.

Voor zaken met een gering financieel belang, zoals bij strooischadezaken, zal echter geen enkele individuele procedure, hoe goedkoop ook, een reële mogelijkheid bieden voor het handhaven van de aan de consument toekomende rechten. Voor dergelijke zaken kan alleen de ontwikkeling van een goed functionerende collectieve procedure uitkomst bieden.

Stelling 7: Effectieve handhaving van de aan consumenten toekomende rechten vereist een goed functionerende collectieve procedure voor zaken met een gering financieel belang.

⁸ Zie daarover het voorontwerp voor een Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, zoals gepubliceerd op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/prejudiciële-vragen-aan-de-hoge-raad/> (laatstelijk gecontroleerd op 11 december 2009).

⁹ Vgl. bijv. Hof van Justitie 10 december 2002, zaak C/153-00, *Jur.* 2002, p. I-11319 (strafzaak tegen *Der Weduwe*).

Verkort aangehaalde literatuur

Van der Aa/Sluijter 2009

S. van der Aa en P. Sluijter, 'Belaging en de proceskosten in familierechtelijke relaties: compensatie als misplaatste compassie?', *Nederlands Juristenblad* 2009/38, p. 2476-2482

Asser 2009

W.D.H. Asser, 'Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechter en partijen', in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer, Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009/2010, p. 11-59

Asser-Hartkamp II

A.S. Hartkamp, Asser-serie, *Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, 12e druk, Deventer: Kluwer 2005

Asser-Hijma

Jac. Hijma, Asser-serie, *Bijzondere overeenkomsten, Deel I, Koop*, 7e druk, Deventer: Kluwer 2007

Asser-Van Schaick

A.C. van Schaick, Asser serie, *Bijzondere overeenkomsten, Deel IV, Verbruikleen, al-tijddurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2004

Bannier/Prakken/Verkijk 2008

F. Bannier, T. Prakken, R. Verkijk, 'Rechtshulp is meer dan probleemoplossing. Over de voorgestelde bezuinigingen op de gefinancierde rechtshulp', *Nederlands Juristenblad* 2008, p. 2678-2684

Bauw/Hartendorp 2005

E. Bauw en R.C. Hartendorp, 'Kantonrechter of geschillencommissie in consumentenzaken: de feiten op een rij', *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 2304-2308

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 982-991

Bollen/Hartlief 2009

C. Bollen en T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2806-2812

Brack 1986

A. Brack, 'Een reactie op Heemskerk', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1986, p. 191-192

Brack 2004

A. Brack, 'Over opties, treinkaartjes uit automaten en de marginale toetsing van bindende adviezen', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2004/6, p. 205-209

Bruinsma 2009

F. Bruinsma, 'Het rapport Hammerstein: de vlucht naar voren van de Hoge Raad', *Nederlands Juristenblad* 2009/36, p. 2552-2556

CCA-advies 1973

Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake de behandeling van consumentenklachten door branchegeschillencommissies*, 1973, no. 15

CCA-advies 2004

Sociaal-Economische Raad, *Europese samenwerking bij handhaving consumentenwetgeving*, Advies van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden, 2004, no. 7

CCA-advies 2006

Sociaal-Economische Raad, *Briefadvies small claims procedure*, Advies van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden, 2006

CCA-advies 2007

Sociaal-Economische Raad, *Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken*, Advies van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden, 2007, no. 3

Centraal Planbureau 2009

Centraal Planbureau, *Centraal Economisch Plan 2009*, te downloaden via <http://www.cpb.nl/nl/pub/cepmev/cep/> (laatstelijk gecontroleerd op 5 augustus 2009)

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie 2006

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag, 2006, te downloaden via <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonly-res/38B1986F-9F4F-4553-B6E6-EEB2F8FFBE23/0/Samenwerkinggerechten20061211eindrapporCommissieDeetmanRechtspraakiskwaliteit.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 20 november 2009)

Commissie Fundamentele Herbezinning 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom, 2006

Consumentenautoriteit 2008

Consumentenautoriteit, *Terugblik 2008*, te downloaden via <http://www.consumen-tenautoriteit.nl/dsresource?objectid=21498&type=pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 24 augustus 2009)

European Consumer Consultative Group 2009

Minutes of the meeting of the European Consumer Consultative Group of 6-7 October 2009, te downloaden via http://ec.europa.eu/consumers/empowerment/ec-cg_en.htm (laatstelijk gecontroleerd op 22 december 2009)

Dommering-van Rongen 1986

L. Dommering-van Rongen, 'Reactie op de stellingen en toelichting met betrekking tot het thema 'Bindend advies of arbitrage' van prof. mr. W.H. Heemskerk', *TvC* 1986, p. 193-194

DSI 2007

Dutch Securities Institute, *Jaarverslag 2007*, te downloaden via <http://www.dsi.nl/index.php?sid=28&l=ned> (laatstelijk gecontroleerd op 12 augustus 2009), onder 'Publicaties'

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 11-48

EIM-rapport

Zie: De Jong/Snel 2000

Eshuis 2009

R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingen*, Den Haag: Sdu 2009

Geschilbeslechtingsdelta 2003

B.C.J. van Velthoven, M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers/WODC, te downloaden via <http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/geschilbeslechtingsdelta.aspx> (laatstelijk gecontroleerd op 22 december 2009)

Geschillencommissie 2007

Geschillencommissie, *Jaarverslag 2007*, te downloaden via <http://www.degeschillencommissie.nl> (laatstelijk gecontroleerd op 9 december 2009)

Geschillencommissie 2008

Geschillencommissie, *Jaarverslag 2008*, te downloaden via <http://www.degeschillencommissie.nl> (laatstelijk gecontroleerd op 9 december 2009)

Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 307-329

Van der Graaff/Van Mierlo 2007

H. van der Graaff en mr. Th.J.M. van Mierlo, 'Over gedijen in de schaduw en druppelende filters', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2007/6, p. 181-183

Van Haersolte-van Hof 2001

J.J. van Haersolte-van Hof, 'EEX-verordening treedt in werking per 1 maart 2002', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2001/9, p. 244-248

Heemskerk 1983

W.H. Heemskerk, 'Bindend advies en arbitrage', in: W.H. Heemskerk, T.B. ten Kate et al. (red.), *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan mr. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 225-238

Hodges e.a. 2009

C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, *Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*, Oxford Legal Research Paper Series, 2009, te downloaden via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1511714 (laatstelijk gecontroleerd op 23 december 2009)

Hoge Raad 2008

Hoge Raad der Nederlanden, *Een vorm van selectie versterkt het gezag van de Hoge Raad en bevordert de kwaliteit van de rechtspraak, Verslag 2007 en 2008*, te downloaden via <http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad/Over+de+Hoge+Raad/Publicaties/> (laatstelijk gecontroleerd op 10 augustus 2009)

Hondius 2006a

E.H. Hondius, 'Geschillencommissies', in: E.H. Hondius, G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2006, p. 471-491

Hondius 2006b

E.H. Hondius, 'Naar een Nederlandse small claims procedure?', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 197-202

Hondius 2009

E.H. Hondius, 'De tanden van het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 51-63

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2005

Hugenholtz/Heemskerk 2006

W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen Nederlands burgerlijk procesrecht*, 21e druk, Den Haag: Elsevier juridisch 2006

Ingelse/Mölenberg 1998

C. Ingelse, L.J.H. Mölenberg, Het tarief voor te liquideren kosten: richtlijn of standaard, *Advocatenblad* 1998, p. 1141-1145

Jacobs 1998

W.A. Jacobs, *ADR en consument, Een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 1998

De Jong/Snel 2000

J.P.J. de Jong en D. Snel, *Kennen consumenten en leveranciers hun rechten en plichten? Inventariserend onderzoek naar basisbescherming, ordening en transparantie*, p. 7, 25-27. Dit rapport (in parlementaire stukken veelal aangeduid als 'EIM-rapport') was tot voor kort te downloaden via <http://www.minez.nl>. Op 31 juli 2009 was dit rapport evenwel niet meer te vinden.

Jongbloed 2006

A.W. Jongbloed, 'Burgerlijk procesrecht voor de individuele consument', in: E.H. Hondius, G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 425-448

Jongbloed 2009

A.W. Jongbloed, 'Leiden juridisch alfabetisme en geringe afstand tot de gerechten tot meer handhavingsmogelijkheden voor de burger?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 247-264

Kifid 2008

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening, *Jaarverslag 2008*. Het jaarverslag kan worden gedownload via <http://www.kifid.nl> (laatstelijk gecontroleerd op 10 augustus 2009)

Klapwijk/Ter Voert 2009

A. Klapwijk, M. ter Voert, *Evaluatie De Geschillencommissie 2009*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009

Klik 1992

P. Klik, *Contractsdwang*, preadvies, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad: Vermande, 1992

Kortmann/Sieburgh 2009

J. Kortmann, C. Sieburgh, 'Handhaving door Nederlands privaatrecht', in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2009*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 249-302

Kramer 2007

X.E. Kramer, Vereenvoudiging van de geschillenbeslechting in consumentenzaken: de Europese small claims procedure en nationale initiatieven, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2007/4, p. 111-121

Kuypers 2008

P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2008

Milo 2007

J.M. Milo, 'Timeshare in het Nederlandse recht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, deel II, Deventer: Kluwer 2007, p. 193-215

Ministerie van Justitie 2006

Ministerie van Justitie, *Eenvoudige procedures voor eenvoudige zaken*, Rapport van de ambtelijke werkgroep 'Eenvoudige procedures voor eenvoudige zaken' van 18 augustus 2006, te downloaden via http://www.justitie.nl/onderwerpen/recht_en_rechtsbijstand/eenvoudige-procedures-civiele-geschillen/index.aspx (laatstelijk gecontroleerd op 29 november 2009)

Mon. Nieuw BW A-6b (Tjittes)

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking*, Monografie Nieuw BW A-6b, Deventer: Kluwer 1992

Mon. Nieuw BW B-65a (Wessels)

B. Wessels, *Koop: algemeen*, Monografie Nieuw BW B-65a, tweede druk, Deventer: Kluwer 2003

Mon. Nieuw BW B-65b (Loos)

M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Monografie Nieuw BW B-65b, tweede druk, Deventer: Kluwer 2004

Mon. Nieuw BW B-80 (A.A. van Rossum)

A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, Monografie Nieuw BW B-80, Deventer: Kluwer 2001

Musger 2005

G. Musger, *The impact of costs on cross border cases*, in P. van der Grinten, P. Meijknecht, F. van der Velden (red.), *Practical obstacles in cross border litigation. Speeches and Presidency conclusions of the international conference organized by the Dutch Presidency on 8 and 9 November 2004 in The Hague*, Deventer: Kluwer 2005, p. 81-86

Nikkels e.a. 2008

L. Nikkels, W. Wittenberg, S. Mulder, M. van Diepen, *Kennen consumenten hun rechten en plichten?*, *Onderzoek naar het kennisniveau van consumenten*, rapport TBS-NIPO voor het Ministerie van Economische Zaken, 2008. Het rapport kan worden gedownload via http://www.ez.nl/Actueel/Kamerbrieven/Kamerbrieven_2009/Juni_2009/Consumentenmonitor_2009/1_Kennen_consumenten_hun_rech-

ten_en_plichten (laatstelijk gecontroleerd op 22 december 2009) en is ook verkrijgbaar via <http://www.overheid.nl>.

Schaub 2009

M.Y. Schaub, 'Handhaving van consumentenrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 149-171

O'Shea & Rickett 2006

P. O'Shea, C. Rickett, 'In defence of consumer law: the resolution of consumer disputes', *Sydney Law Review* 2006 (140)28, pp. 139-170

Overeem 1992

R. Overeem, 'Advocaat en bindend adviseur in zaken voor geschillencommissies. Een bespiegeling', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *De rechter aan de kant. Alternatieve geschillenbeslechting*, Jonge Baliecongres 1992, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992

Van der Plas 2008

C.G. van der Plas, 'Verbintenissen uit overeenkomst: van EVO-Verdrag naar Rome I-Verordening', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2008/11, p. 318-329

Polak 1985

J.M. Polak, 'Het bindend advies in het Nederlandse recht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1985, p. 749-765

Raad voor de Rechtspraak 2004

Raad voor de Rechtspraak, *Interim rapport Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht – advies* 29 april 2004, te downloaden via <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/C44BoE4D-7ACC-49D4-AEBD-CD-BE33AoCA1D/o/fundamenteleherbezinning.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 18 november 2009)

Raad voor de Rechtspraak 2007a

Raad voor de Rechtspraak, *Rapport commissie Eenvoudige procedure voor eenvoudige zaken – advies* d.d. 23 april 2007, te downloaden via <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/974126E7-3DD2-4A45-A0EA-E54D19F495B8/o/10595ADVIESEenvoudigeprocedures.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 20 november 2009)

Raad voor de Rechtspraak 2007b

Raad voor de Rechtspraak, *Ruim baan voor de burger*, rapport van de Commissie verbreding kantonrechtspraak en differentiatie werkstromen d.d. 15 november 2007, te downloaden via <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/674927D9-6B9F-4F4F-A482-EC3A1D4949C8/0/Ruimbaanvoordebürger.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 20 november 2009)

Rechtspraak 2008

Rechtspraak, *Jaarverslag 2008*. Het jaarverslag kan worden gedownload via <http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/RvdR/Publicaties/Jaardocumenten.htm> (laatstelijk gecontroleerd op 26 augustus 2009)

Van Schaick 2000

A.C. van Schaick, Proceskosten en buitengerechtelijke kosten, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2000, p. 313-315

Scott 2010

C.D. Scott, 'Enforcing consumer protection laws', in: G. Howells, I. Ramsay, Th. Wilhelmsson (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law* (Edward Elgar, forthcoming 2010), te downloaden via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1441256 (laatstelijk gecontroleerd op 31 december 2009)

Snijders/Ynzonides/Meijer 2002

H.J. Snijders, M. Ynzonides, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2002

Stein/Rueb 2007

P.A. Stein en A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 16e druk, Deventer: Kluwer 2007

T&C Grondwet

P.P.T. Bovend'eert e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2004

T&C Rechtsvordering

A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, derde druk, Deventer: Kluwer 2008

Tamboer 2008

S. Tamboer, 'De klachtplicht van de koper in het Nederlandse kooprecht', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijk* 2008/6, p. 216-228

Van der Torre 2005

A. van der Torre, *Advocaat met korting. Een analyse van de prijsgevoeligheid van de rechtsbijstand*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau, 2005, te downloaden via <http://www.scp.nl/dsresource?objectid=20764&type=org> (laatstelijk gecontroleerd op 16 november 2009)

Vandekerckhove 2009

K. Vandekerckhove, 'Een Europees labyrint: het geografisch toepassingsgebied van de Brussel-I Verordening en aanverwante Europese wetgeving van internationaal privaatrecht en burgerlijk procesrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees Recht* 2009/3, p. 90-97

Van Zijst 2001

M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 2001

Visscher 2009

L. Visscher, 'Rechtseconomische beschouwingen over rechtshandhaving', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 65-94

Aangehaalde rechtspraak

Hof van Justitie 10 december 2002, zaak C/153-00, <i>Jur.</i> 2002, p. I-11319 (<i>strafzaak tegen Der Weduwe</i>)	Hoofdstuk 6
Hof van Justitie 4 juni 2009, zaak C-243/08, n.n.g., Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Györfi, <i>Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken</i> 2009/5, p. 191-194 (m.nt. M.B.M. Loos)	3.2, 5.7.4
Hof van Justitie 10 december 2009, zaak C-205/08, n.n.g. (<i>Umweltanwalt von Kärnten/Kärntner Landesregierung</i>)	Hoofdstuk 6
Hof van Justitie 17 december 2009, zaak C-227/08, n.n.g. (<i>Martín Martín/EDP Editores</i>)	8.5
HR 11 januari 1924, NJ 1924, 293 (<i>Pollaert/Thomassen q.q.</i>)	5.7.2
HR 17 november 1995, NJ 1996143 (<i>Buijs/Koene</i>)	5.2
HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651 (<i>Vaston/Smith</i>)	3.5.3
HR 11 december 1998, NJ 1999, 642 (m.nt. PAS; <i>Exploitiemaatschappij Horewa BV/Holding Schoenverkoop Nederland BV</i>)	3.3
HR 2 april 1999, NJ 1999, 585 (<i>Van den Broek/Van Dael</i>)	3.5.4
HR 19 december 2003, NJ 2004, 151 (<i>Van Mierlo/gem. Asten</i>)	3.4.3
HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606 (m.nt. Jac. Hijma; <i>Pouw c.s./Visser c.s.</i>)	3.3
HR 23 november 2007, NJ 2008, 552 (<i>Ploum/Smeets en Geelen Tankstations BV</i>)	4.4.3
HR 30 oktober 2009, <i>RvdW</i> 2009, 1278	4.4.3, 5.7.4
Rechtbank Alkmaar 26 mei 1988, NJ 1989, 407 (m.nt. WHH; <i>X/Y</i>)	3.2
Kantonrechter Den Haag 9 maart 1989, NJ 1989, 711 (<i>Akoestisch Adviesbureau Peutz en Associés/The 147 Snooker Club e.a.</i>)	3.2
Kantonrechter Utrecht 14 december 2005, <i>Prg.</i> 2006, 121 (<i>Advocaatenkantoor Kabalt/Hoffmann</i>)	3.2
Kantonrechter Almelo 30 januari 2007, <i>NJF</i> 2007, 192, <i>LJN</i> AZ7511	3.3
Kantonrechter Zaandam 3 juli 2008, <i>LJN</i> BD6218 (<i>Ohra/X</i>)	3.3
Voorzieningenrechter Rechtbank Maastricht 15 juli 2005, <i>LJN</i> AT9418 (<i>X c.s./Interim Bemiddeling BV en Interim Vastgoedbeheer BV</i>)	3.3

DEEL 2 COLLECTIEVE HANDHAVING VAN HET CONSUMENTENRECHT

Prof. mr. W.H. van Boom

I Kijkwijzer^I

Dit preadvies gaat over collectieve handhaving van consumentenrecht. Het begrip ‘consumentenrecht’ baken ik niet heel precies af; ik versta er veel van hetgeen in Boek 7 BW is geregeld onder, maar beperk de gebruikte definitie niet daartoe; wel staat steeds de rechtsverhouding tussen consument en ondernemer centraal.² Ik vat het begrip ‘collectieve handhaving’ breed op en begrijp daaronder vormen van handhaving die het belang van een concrete zaak overstijgen. Ook individuele handhaving kan dus collectief zijn, bijvoorbeeld wanneer een individu aan de Reclame Code Commissie de vraag voorlegt of een bepaalde commerciële uiting toelaatbaar is. De beslissing van de RCC heeft – veelal bedoeld – gevolgen die het concrete geval overstijgen, omdat de uitspraak precedent schept voor vergelijkbare uitingen. Zo bezien is de stap van precedent, naar een collectieve actie ex art. 3:305a BW, en vandaar naar een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad, niet zo heel groot. Zoals zo vaak, hangt ook bij collectieve handhaving van consumentenrecht, alles met alles samen en zijn er veel overgangsgebieden. Dit preadvies heeft daarom vrees ik nogal het karakter van een caleidoscoop; nu eens is een zuiver juridisch betoog te zien, en dan weer een wat meer beleidsrelevante overweging of een economisch inzicht.

Om u te helpen te begrijpen wat u ziet als u een kijkje in de caleidoscoop neemt, geef ik kort een overzicht van hetgeen volgt. Het belangrijkste deel van het preadvies is het drieluik van de hoofdstukken 2, 3 en 4. Ik begin in hoofdstuk 2 met een uiteenzetting over de Consumentenautoriteit, de nieuwe toezichthouder in het consumentenrecht die zich van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke bevoegdheden bedient om bepalingen uit onder andere het Burgerlijk Wetboek te handhaven. Hoe werkt deze nieuwe toezichthouder? Welke bevoegdheden heeft zij? Hoe verhoudt haar werkterrein zich tot dat van de gangbare ‘private handhavers’ in het burgerlijk recht?

In hoofdstuk 3 behandel ik recente ontwikkelingen en vraagpunten in het privaatrechtelijke domein van de collectieve acties – waaronder rechtsvorderingen strekkende tot verbod, gebod, verklaring voor recht en schadevergoeding en ingesteld door individuen, groepen van individuen, of belangenorganisaties en wat ik noem ‘ad-hoc 350a-vehikels’. Daar waar het belang van de betreffende zaken meerdere consumenten – al dan niet formeel of informeel betrokken bij de betref-

¹ Met dank aan Siewert Lindenbergh, Marco Loos, Arnoud Pijls en Louis Visscher voor commentaar op (delen van) het concept.

² Over het begrip ‘consument’ zie bijv. Hondius 1992, p. 13.

fende rechtsvordering – treft, is het collectieve element aan de orde. Hoe zijn verantwoordelijkheden van het collectief afgebakend tegenover die van het individu? Hoe transparant zijn collectieve acties? Hoe staan rechters tegenover de collectiviseringstendens?

In hoofdstuk 4 kan ik al het voorgaande laten samenkomen in de bestudering van wat wel ‘bagatelschade’ en ‘strooischade’ wordt genoemd. Schade van individuele consumenten die zo klein is dat ze het niet waard is om over te klagen laat staan een procedure over te beginnen, levert een bijzonder probleem op van handhaving in het consumentenrecht. Bagatelschade kan voor de maatschappij als geheel een probleem zijn als deze ook strooischade is, dat wil zeggen: geleden wordt door meerdere individuen afzonderlijk als gevolg van wanprestatie of onrechtmatige daad van een veroorzaker die op die wijze veel individuen licht benadeelt en daarmee de schade uitstrooit over (delen van) de maatschappij. Is dat werkelijk een serieus probleem dat een generieke aanpak in het burgerlijk (proces)recht verdient? Of is collectieve handhaving via het bestuursrecht in bepaalde ‘hot spots’ van strooischade een betere aanpak?³

In hoofdstuk 5 kom ik tot afrondende beschouwing en formuleer ik stellingen, die ik graag ter vergadering verdedig.

Ter afronding van deze ‘kijkwijzer’ nog een enkele opmerking over de samenstelling van deze caleidoscoop. Het is onmogelijk om in het bestek van een preadvies alle vragen die bij collectieve handhaving van consumentenrecht relevant kunnen zijn, grondig te behandelen. Het gaat in dit preadvies namelijk om allerlei rechtsgebieden die in elkaar overlopen – van materieel burgerlijk recht, naar Europees recht, burgerlijk procesrecht, bestuursrecht, tot zoiets technisch als proceskostenveroordeling. Een Vereniging voor Consumentenrecht (die, voor zover ik weet, niet bestaat) zou er elk jaar wel een preadvies aan kunnen wijden. Ik heb daarom keuzes moeten maken. Bepaalde kennis van het bestuursrecht, burgerlijk procesrecht en met name de WCAM-schikking heb ik soms bekend moeten veronderstellen. Andere onderwerpen worden slechts kort geïntroduceerd of terloops behandeld; weer andere onderwerpen komen niet aan bod. De lezer die meer achtergrondinformatie nodig heeft, hoop ik met verwijzingen in de voetnoten van dienst te zijn.

3 Ik merk op dat ik over het onderwerp van hoofdstuk 4 samen met advocatenkantoor Pels Rijcken Drooglever Fortuijn in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken in 2009 een onderzoeksrapport heb uitgebracht.

2 De Consumentenautoriteit als collectieve handhaver

2.1 Algemeen

In december 2006 trad de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) in werking.¹ De Whc is de instellingswet van de Consumentenautoriteit (CA), een nieuwe toezichthouder die als onzelfstandig bestuursorgaan onder ministeriële verantwoordelijkheid toezicht houdt op naleving van regelgeving met betrekking tot collectieve consumentenbelangen. De directe aanleiding voor de Whc was de Europese Verordening inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming (hierna: Vo. 2006/2004), die uitvoering behoefde.² De wetgever greep de gelegenheid aan om niet alleen de intracommunautaire handhaving maar ook de zuiver nationale handhaving van het zogenaamde consumentenacquis beter vorm te geven. Daarnaast heeft de CA onder strikte voorwaarden de bevoegdheid om een WCAM-schikking aan te gaan met een veroorzaker van massaschade. Voor inbreuken betreffende financiële diensten en activiteiten is de CA niet bevoegd, maar de AFM (veelal) wel.

Voor het handhavend optreden van de CA zijn met name de volgende stappen van belang:

- er moet sprake zijn van een overtreding van een wettelijke bepaling van het zogenaamde ‘consumentenacquis’ (stap 1)
- met de overtreding moeten ‘collectieve consumentenbelangen’ worden geschaad (stap 2)
- sommige overtredingen leiden tot bestuursrechtelijke sanctiebesluiten (boete, last onder dwangsom, publicatie van toezegging), terwijl andere de CA alleen bevoegd maakt tot het aanvangen van een bijzondere civielrechtelijke procedure (stap 3)

¹ Wet van 20 november 2006, houdende regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming; (Wet handhaving consumentenbescherming), *Stb.* 2009, 591 (i.w.tr. 29 december 2006, *Stb.* 2006, 592).

² *PbEU* 2004, L 364. Nader over intracommunautaire handhaving Van Boom 2010, hoofdstuk 2.

2.2 Overtreding van ‘consumentenacquis’

Allereerst de vaststelling van een overtreding (stap 1). De handhaving door de CA is in beginsel beperkt tot het zogenaamde ‘consumentenacquis’.³ Nu is het acquis aanzienlijk qua omvang, maar lang niet alle bepalingen in het BW die consumenten beschermen zijn van Europese oorsprong én behoren tot de lijst van relevante Europese regels. Dat luistert dus nauw, de Whc bepaalt de grenzen van de handhavingsbevoegdheid. Bovendien mag de CA niet treden in het werkgebied van andere toezichthouders zoals de AFM. De CA handhaaft bijvoorbeeld de regels van koop op afstand en oneerlijke handelspraktijken, maar niet waar het financiële producten en diensten betreft.⁴ Om overtredingen vast te stellen heeft de CA de bestuursrechtelijke bevoegdheid tot toezicht (afd. 5.2 Awb), zodat de ambtenaren van de CA bedrijfspanden mogen binnentreden, medewerking aan het onderzoek mogen vragen, inlichtingen en documenten kunnen opvragen, en rapport kunnen opmaken. Toezicht maakt proactief onderzoek zonder concrete verdenking van een overtreding mogelijk en bestrijkt alle wettelijke bepalingen die de CA dient te handhaven.

2.3 Inbreuk op collectieve consumentenbelangen

Dan stap 2. Voor de bevoegdheid van de CA om op te treden is van belang dat “collectieve consumentenbelangen” in het geding zijn.⁵ De wetgever stelt zich op het standpunt dat de CA niet tegen elke overtreding kan optreden, maar alleen wanneer de collectieve belangen van consumenten in het geding zijn.⁶ Wat dat zijn, is minder duidelijk. Noch Vo. 2006/2004 noch de Whc geeft een scherpe definitie van ‘collectieve consumentenbelangen’.⁷ De Regering geeft de volgende voorbeelden van gevallen van inbreuken die schadelijk zijn voor ‘collectieve consumentenbelangen’ en waarin de CA zou moeten optreden:

- Ondernemingen die prijzen exclusief belasting en toeslagen hanteren bij aanbiedingen van producten en diensten. Artikel 6:194 van het Burgerlijk Wetboek is hier in het geding.

3 ‘Consumentenacquis’ is de term die gebruikt wordt om de Europese richtlijnen op het vlak van consumentenrecht aan te duiden, maar in de literatuur heeft de term niet een volledig vaste inhoud. Zie EU-Commission 2007, p. 3. Vgl. daarover Schulte-Nölke 2007, p. 1 e.v.

4 Meer concreet: de CA handhaaft de materiële normen van hoofdstuk 8 Whc en de normen in bijlage, onderdeel b (voor zover niet betrekking hebbend op een financiële dienst of activiteit) door middel van haar bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen. De CA handhaaft de normen in bijlage, onderdeel a (voor zover niet betrekking hebbend op een financiële dienst of activiteit) op grond van art. 2.5 Whc via het civiele recht, te weten (bij voorkeur) de verzoekschriftprocedure van art. 3:305d BW.

5 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3 6, p. 15; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 6, p. 2-3.

6 Zie art. 3, onderdeel b, Vo. 2006/2004 resp. art. 1.1, sub f, Whc.

7 Art. 3 (k) Vo 2006/2004 definieert ‘collectieve consumentenbelangen’ als ‘de belangen van een aantal consumenten die door een inbreuk zijn of kunnen worden geschaad’, en dat is behoorlijk nietszeggend. Vgl. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 411, nr. C, p. 6-7.

- De verkoop van producten via het internet die vervolgens aan consumenten worden toegezonden en die deze consumenten alleen binnen zeven dagen mogen terugzenden aan de verkoper indien een boete wordt betaald. Artikel 7:46d van het Burgerlijk Wetboek is hier in het geding.
- Zaak van een computergebruikersclub tegen een computerfabrikant over een oneerlijk beding in de leverings- en betalingsvoorwaarden. De artikelen 6:236 en 6:237 van het Burgerlijk Wetboek zijn hier in het geding.
- Bij een eenmalige aanbieding van een leesportefeuille aan de deur blijken consumenten abonnee te zijn geworden en komen zij niet meer van het abonnement af. De artikelen 24 en 25 van de Colportagewet zijn hier in het geding.⁸

Bij deze opsomming kan men zich afvragen of er niet voldaan moet zijn aan een zeker kwantitatief element: hoe meer consumenten blootgesteld zijn aan de overtreding, des te meer van een collectief probleem gesproken kan worden. Dat kwantitatieve element is echter niet in harde cijfers te vatten. De Regering stelt zich op het standpunt dat geen sprake kan zijn van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen wanneer slechts één consument gevolgen ondervindt van een overtreding tenzij wellicht ook belangen van anderen potentieel in het geding zijn:⁹

‘Allereerst is duidelijk, dat de definitie uitsluit dat de Consumentenautoriteit treedt in een individueel geschil tussen een aanbieder en een consument. Het moet bij een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten derhalve gaan om een gedraging van een aanbieder die potentieel of daadwerkelijk het effect heeft dat een groep van consumenten op dezelfde manier wordt geraakt. Deze groep kan ongedefinieerd zijn (het «algemeen publiek»), maar ook op een bepaalde manier afgebakend zijn. Deze afbakening kan bijvoorbeeld geografisch zijn (bijvoorbeeld indien een aanbieder uitsluitend lokaal of regionaal actief is), maar kan ook afhangen van de doelgroep van een aanbieder (bijvoorbeeld alleen 65+-ers of alleen hoger opgeleiden). In beide gevallen kan sprake zijn van een «aantal consumenten die door een inbreuk zijn of kunnen worden geschaad». Overigens kan in een individueel geschil dat bij de Consumentenautoriteit bekend is wel aanleiding gevonden worden om onderzoek te doen naar de vraag of al dan niet de collectieve belangen van consumenten in het geding zijn.’

Het aantal klachten dat de CA ontvangt is echter niet beslissend voor de vraag of ‘collectieve consumentenbelangen’ in het geding zijn, aldus de Regering:

“Het aantal klachten dat de Consumentenautoriteit over een bepaalde aanbieder ontvangt, is op zichzelf niet bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van een collectief consumentenbelang. Het kan immers best zijn dat al deze klachten op zichzelf staande, andersoortige, gevallen betreffen die niet wijzen op een collectieve inbreuk door de desbetreffende aanbieder. Evengoed kan een enkele klacht voldoende reden zijn voor de Consu-

⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 6, p. 13.

⁹ Kamerstukken I 2006/07, 30 411 nr. C, p. 3-5. Vgl. Ammerlaan en Janssen 2006, p. 141.

mentenautoriteit om een onderzoek te starten, indien het vermoeden bestaat dat sprake is van een gedraging van een aanbieder die het kenmerk heeft dat een groep consumenten op dezelfde manier is of kan worden geraakt. Bij onredelijke algemene voorwaarden of misleidende reclame bijvoorbeeld, ligt het, ook al ontvangt de Consumentenautoriteit slechts één klacht, voor de hand dat een grotere groep consumenten is of kan worden geschaad. Immers, algemene voorwaarden en reclame worden per definitie gemaakt voor een grotere groep consumenten.

Een voorbeeld van het tegenovergestelde geval is niet nakoming van garantieverplichtingen. Het kan zijn dat een bepaalde aanbieder in een relatie met een individuele consument zijn verplichtingen, voortvloeiende uit de regels inzake garanties, niet is nagekomen. Dit wijst er op zichzelf echter nog niet op dat deze aanbieder zich structureel aan niet-nakoming van garantiebepalingen schuldig maakt, en derhalve de belangen van een grotere groep consumenten schaadt.”¹⁰

Hiermee is de aanzet gegeven tot een onderscheid tussen incidentele en structurele overtredingen van de Whc. Daarom is toch slechts tot op bepaalde hoogte sprake van een kwantitatief bevoegdheidscriterium:

“In het wetsvoorstel is gekozen om – in navolging van de Europese wetgever – geen strikte definitie van «collectieve belangen» op te nemen. Los van het feit dat een strikte definitie zou kunnen botsen met de vagere Europese norm (en dus de verplichtingen die uit verordening 2006/2004 voortvloeien wellicht niet nagekomen kunnen worden), dienen toezichthouders (en rechters) primair te kijken naar de onderliggende materiële norm waarop inbreuk wordt gemaakt. Hierbij kan een richtpunt voor de vraag of sprake is van collectieve belangen de strekking van de te handhaven norm zijn. Strekt deze er primair toe de positie van een consument in zijn individuele relatie met een aanbieder van goederen of diensten te versterken of strekt deze norm ertoe een collectiviteit van consumenten te beschermen tegen bepaalde gedragingen van een aanbieder van goederen of diensten die hen allen op gelijksoortige wijze raakt. Een voorbeeld van de eerstgenoemde normen is een versterking van de bewijsrechtelijke positie van de consument. De bescherming van consumenten tegen het hanteren van een onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden (art. 6:231 en verder BW) bijvoorbeeld, is een norm die gericht is op het beschermen van een collectiviteit van consumenten. Zij allen worden immers geconfronteerd met een inbreuk op hun consumentenrecht, namelijk bescherming tegen een onredelijk bezwarend beding. Er zal dan ook in dit geval snel sprake zijn van een inbreuk die de collectieve belangen van consumenten schaadt of kan schaden. De bevoegde autoriteit kan dan in beginsel tegen een dergelijke inbreuk optreden. Zij kan geacht worden

¹⁰ Kamerstukken I 2006/07, 30 411, nr. C, p. 3-5. Vergelijkbaar is de ruime interpretatie van het begrip ‘belang’ van belangenorganisaties in de zin van art. 3:303 BW bij de abstracte toetsing van algemene voorwaarden in het kader van art. 6:240 BW; zie bijv. HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (Consumentenbond/EnergieNed en VEWIN), r.o. 4.2.

op te treden ter behartiging van de individuele, gelijksoortige belangen van een groot aantal consumenten.”¹¹

De aard van de overtreden norm is dus ook relevant voor de vraag of deze norm als zodanig het collectief van consumenten beoogt te beschermen. Dat klinkt mooi, maar is een tamelijk onbruikbaar criterium. Er is naar mijn mening geen enkele regel van consumentenacquis aan te wijzen die alleen individuen beoogt te beschermen en niet ook een achterliggende beleidsagenda nastreeft. Zelfs de omkering van bewijslast, waar de Regering naar verwijst, dient tot verwezenlijking van materiële rechten die anders structureel tandoos zouden blijven. Met bewijslastomkering wordt schadevergoeding beter bereikbaar en daarmee dient ook die regel het collectieve handhavingsbelang. Meer algemeen merk ik op dat ik de opvatting dat alles wat we in het BW aantreffen, voor individuen is geschreven en niet voor de ordening van onze samenleving, als achterhaald beschouw. Ook publieke belangen worden in het privaatrecht gediend, en dat geldt bij uitstek voor het (dwingendrechtelijke) consumentenrecht.¹²

Als ik het voorgaande overzie, concludeer ik dat de hoewel CA aannemelijk moet maken dat sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen,¹³ dat in werkelijkheid niet moeilijk is. Overtreders stellen zich nogal eens op het standpunt dat geen collectieve belangen in het geding zijn omdat hun gedragingen geen schade teweeg hebben gebracht. Voor de bevoegdheid van de CA is dat echter niet doorslaggevend. Als de CA met een kwalitatieve analyse aannemelijk maakt dat ook een grotere groep van consumenten (in de toekomst) kan worden geraakt door een overtreding (bijvoorbeeld doordat de overtreding het vertrouwen in het functioneren van de betreffende markt kan aantasten) is al voldaan aan het collectiviteitselement.¹⁴ Daarbij is niet doorslaggevend of consumenten *schade* in vermogensrechtelijke zin hebben geleden (of zouden kunnen lijden).

¹¹ *Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 15-16.*

¹² Ik onderschrijf dus ook niet de opvattingen van Scheltema en Scheltema 2009, p. 44 (zie ook p. 55 e.v.) over de doelstellingen van het privaatrecht. In verband daarmee verzet ik mij ook tegen opvatting van Kortmann 2008, p. 1 e.v. wat betreft de doelstellingen en plaats van het aansprakelijkheidsrecht. Vgl. daarover Giesen 2009, p. 308 e.v. Privaatrecht, en dat geldt zeker voor (dwingend) consumentenrecht, heeft – net zo goed als bestuursrecht – beleidsdoelen, zoals bijv. ordening van de samenleving en het reguleren van markten (vgl. Van Boom 2006). Dat impliceert dat privaatrecht en bestuursrecht heel wel convergerende doelstellingen kunnen hebben. Dit blijkt voor het consumentenrecht ook uit het feit dat het hier vaak om EU-regels gaat die in sommige landen helemaal niet als privaatrecht zijn geïmplementeerd, maar als bijzondere wetten die strafrechtelijk of bestuursrechtelijk gehandhaafd worden. Dat ze in ons land in het BW zijn beland, is betrekkelijk irrelevant voor de doelstelling van de betreffende regels.

¹³ *Kamerstukken I 2006/07, 30 411, nr. C, p. 5.* Zie ook *Kamerstukken II 2006/07, 30 411, nr. 20, p. 1-2.*

¹⁴ Een voorbeeld van een wisselend kwalitatieve en kwantitatieve onderbouwing treft men bijv. aan in Besluit Consumentenautoriteit 23 april 2008, CA/NCB/17 (UPC). De AFM gaat er in haar besluiten kennelijk vanuit dat overtredingen schade kunnen toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten, tenzij de overtreder kan aantonen dat enkel sprake is van een cumulatie van individuele belangen die door de inbreuk zijn geschaad. Zie Besluit AFM 19 juni 2009 (*TRE Investments II B.V.*), nr. 4.

2.4 Het duale handhavingstelsel van de Whc

Ten slotte stap 3: de sanctionering van de overtreding. Dat is ongetwijfeld het lastigste onderdeel van de Whc, althans in conceptueel opzicht. In ons land is het consumentenacquis goeddeels in het BW terecht gekomen. Dat maakt handhaving ervan door een overheidsinstantie inherent gecompliceerd, omdat het vormgegeven is als privaatrechtelijke regels die door individuen ten overstaan van een civiele rechter ingeroepen kunnen worden, met een civielrechtelijke remedie als ontbinding, schadevergoeding etcetera als inzet. Deze regels hebben in de regel dus niet de structuur die bijvoorbeeld strafrechtelijke en ook wel bestuursrechtelijke normstelling heeft (“het is verboden om te...” of “de normadressaat doet dit of dat”). Dat heeft voor de bestuursrechtelijke handhaving van het consumentenacquis tot de opmerkelijke constructie geleid dat regels die in het BW te vinden zijn, herhaald opgenomen zijn in hoofdstuk 8 Whc.¹⁵ Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 8.4 Whc:

‘Bij een consumentenkoop als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, neemt de verkoper artikel 6a, tweede en derde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in acht.’

De Whc kiest voor een duaal handhavingstelsel: sommige regels uit het consumentenacquis worden civielrechtelijk gehandhaafd en andere bestuursrechtelijk.¹⁶ Gegeven dat vóór inwerkingtreding van de Whc geen publiekrechtelijke handhaving van civielrechtelijke regels mogelijk was, kan in zekere zin – met Heldeweg en in navolging van De Haan – gesproken worden van *publicisering*.¹⁷ Minder pejoratief uitgedrukt is sprake van een verschuiving van (individuele) privaatrechtelijke naar (collectieve) publiekrechtelijke handhaving.

Waarom duaal gehandhaafd? Oorspronkelijk was de rechtvaardiging relatief eenvoudig:

*‘De reden voor deze tweedeling is dat op deze wijze civielrechtelijke begrippen via de civiele rechter worden gehandhaafd en bestuursrechtelijke bepalingen bestuursrechtelijk (met een eventueel toetsing door de bestuursrechter). Hiermee wordt vermenging tussen deze twee rechtsgebieden voorkomen.’*¹⁸

De Regering stelde zich oorspronkelijk op het standpunt dat volledig bestuursrechtelijke handhaving ongewenst was:

¹⁵ Kritisch daarover Zijlstra 2006, p. 314-315.

¹⁶ Zie over het duale handhavingstelsel Heldeweg 2006*, p. 84 e.v.; Ammerlaan en Janssen 2006, p. 139 e.v.; Heldeweg 2006, p. 147 e.v.; Van Campen 2007, p. 35 e.v.; Van Boom 2008, p. 4 e.v.; Krans en Wechem 2008, p. 806 e.v.; Melcherts en Vos 2008, p. 97 e.v.

¹⁷ Heldeweg 2006, p. 155.

¹⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 15-16.

“Het voordeel van zo’n stelsel is dat het toezicht en de handhaving in één hand zouden komen. Dit alternatief is echter niet gevolgd omdat het Nederlandse stelsel van (handhaving van) consumentenbescherming overwegend privaatrechtelijk is. Daarnaast is niet voor bestuursrechtelijke handhaving van privaatrechtelijke bepalingen geopteerd, omdat dit de bestuursrechter voor de taak zou stellen privaatrechtelijke begrippen en beginselen uit te leggen.”¹⁹

Het oorspronkelijke ontwerp van de Whc kende daarom veel ruimte voor een bijzondere civielrechtelijke verzoekschriftprocedure, die neergelegd werd in art. 3:305d BW, en weinig ruimte voor bestuursrechtelijke sanctionering. Het parlement liet zich echter niet overtuigen en drong aan op meer ruimte voor bestuursrechtelijke handhaving.²⁰ Bij de latere implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (OHP) ging het parlement nog een stap verder.²¹ Ik kom daar op terug in par. 2.7. Eerst volgt nog een schets van de twee componenten van het duale stelsel.

2.5 Bestuursrechtelijke sancties

De Consumentenautoriteit is bevoegd een last onder dwangsom op te leggen om een overtreding ongedaan te maken dan wel een herhaling van een overtreding te voorkomen.²² De inhoud van de last dient aan te sluiten bij de te handhaven wetsbepalingen en omschrijft de te nemen herstelmaatregelen (art. 5:32a Awb). Zo is bijvoorbeeld een last opgelegd waarbij de overtreder werd geboden om consumenten tijdig en deugdelijk te informeren over identiteit en bezoekadres van de onderneming, de prijs, met inbegrip van belastingen, van de dienst.²³ Ook is een last opgelegd waarbij de overtreder werd geboden over te gaan tot aanpassing van zijn websites ‘waarop één of meer spelletjes worden aangeboden met het oogmerk de consument een sms-abonnement te laten afsluiten’.²⁴ Rectificatie als last is ook mogelijk,²⁵ net als een preventieve last bij dreigende overtreding (art. 5:7 Awb).

De boete die de CA kan opleggen bedraagt momenteel € 74.000 per overtreding.²⁶ Bij het bepalen van de hoogte van een boete voor verwijtbare overtreding houdt de CA rekening met de ernst van de overtredingen, de verwijtbaarheid en

¹⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 4, p. 2-3.

²⁰ Zie nader Van Boom 2010, par. 6.5.

²¹ De Wet OHP (Sib. 2008, 397, i.w.tr. 15 oktober 2008); deze wet strekt tot implementatie van de Richtlijn OHP (Richtlijn 2005/29/EG, PbEG L 149/22). De wet introduceerde art. 6:193a t/m 6:193j BW, wijzigde art. 6:194 BW en 3:305d BW, en paste de Whc in een aantal opzichten aan.

²² Art. 2.10 lid 1 Whc jo. art. 5:31d-5:39 Awb.

²³ Bijv. Besluit Consumentenautoriteit 7 augustus 2008, CA/NB/64/69 (Holdvest Investments B.V. en Wizz Mobile Interactive B.V.).

²⁴ Besluit Consumentenautoriteit 26 januari 2009, CA/NCB/220/71 (Smart Media Services B.V. c.s.).

²⁵ Verkade 2009, p. 92.

²⁶ Art. 2.15 lid 1 Whc (voor overtreding begaan voor 1 januari 2008: € 67.000).

de specifieke omstandigheden van het geval.²⁷ Tot de relevante omstandigheden worden onder andere gerekend de duur van de overtreding en het aantal consumenten dat aan de overtreding is blootgesteld.²⁸ Zo heeft de CA ook wel beslist dat geen boete werd opgelegd voor overtredingen waarbij sprake was van ‘beperkte schade’.²⁹ Dat een overtreding na constatering daarvan spontaan is beëindigd en ook de snelheid en effectiviteit waarmee dat gebeurt, kunnen relevant zijn voor de hoogte van de boete.³⁰

De hoogte van de boete dient, aldus de CA, bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Whc, waarbij geldt dat de boete ‘zodanig dient te zijn dat deze de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen voor andere (potentiële) overtredders een afschrikwekkende werking heeft (generale preventie)’.³¹

De CA heeft de bevoegdheid om het sanctiebesluit openbaar te maken, maar ook de bevoegdheid om ruchtbaarheid te geven aan een toezegging gedaan door een ondernemer om de geconstateerde overtredingen te beëindigen, in ruil voor het afzien van sanctiëring (art. 2.23 Whc).³² Van deze laatste bevoegdheid met betrekking tot ‘publiekelijke penitentie’ is al enige malen gebruik gemaakt.³³

Tegen sanctiebesluiten van de CA staat beroep open bij de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.³⁴

2.6 De privaatrechtelijke route: art. 3:305d BW

De civielrechtelijke handhaving door de CA is geconcentreerd rond een nieuwe verzoekschriftprocedure ex art. 3:305d BW, die gevoerd moet worden voor het Gerechtshof’s-Gravenhage. De reden voor het invoeren van een nieuwe bijzondere procedure met geconcentreerde rechtsmacht van het ‘consumentenhof’ te Den Haag, naast de collectieve actie ex art. 3:305b e.v. BW is, aldus de Regering, dat

27 Art. 5:46 Awb (tot 1 juli 2009; art. 2.21 Whc). Zie bijv. Besluit op bezwaar Consumentenautoriteit 27 oktober 2009, CA/NB/22/343 (*Pretium*), rdnr. 57.

28 Voor overwegingen over de duur van de overtreding zie bijv. Besluit op bezwaar Consumentenautoriteit 27 april 2009, CA/NCB/137/163 (*OX-2 International*), rdnr. 17.

29 Besluit op bezwaar Consumentenautoriteit 17 december 2009, CA/NB/106/144 (*Tele2*), rnr. 21.

30 Bijv. Besluit Consumentenautoriteit 7 augustus 2008, CA/NB/64/69 (*Holdvest Investments BV* en *Wizz Mobile Interactive BV*), rdnr. 184 en 219, besluit Consumentenautoriteit 26 januari 2009, CA/NCB/220/71 (*Smart Media Services e.a.*), rdnr. 283.

31 Besluit op bezwaar Consumentenautoriteit 17 december 2009, CA/NB/106/144 (*Tele2*), rnr. 35.

32 Ook de NMa heeft een dergelijke bevoegdheid ten aanzien van overtredingen van het kartelverbod en het verbod van misbruik machtspositie. Anders dan in de Whc, is niet-naleving van de toezegging in de Mw. wel gesanctioneerd, het levert een beboetbare overtreding op (art. 76a Mw). De NMa publiceert een besluit waarbij een toezegging bindend wordt verklaard in de Staatscourant (art. 49d Mw). De Engelse OFT gebruikt ook de ‘undertaking’, de plechtige belofte van de overtreder dat deze zijn leven zal beteren. Deze beloften worden gepubliceerd zodat een zeker ‘naming and pre-emptive shaming’ effect bereikt kan worden bij niet-naleving. Zie bijv. Kocher 2007, p. 215.

33 Zie op www.consumentenautoriteit.nl bijv. de toezegging van Dynabyte B.V. d.d. 15 december 2008, Grando Retail B.V. d.d. 20 januari 2009, Paradigit Computers B.V. d.d. 4 augustus 2009 en van Garant-O-Matic B.V., zoals beschreven in Besluit Consumentenautoriteit 30 mei 2008, CA/IC/39/71 (*Garant-o-Matic*).

34 Art. 7:1 Whc, art. 20 WBB.

Vo. 2006/2004 eist dat de bevoegde autoriteiten in staat moeten zijn om een inbreuk ‘onverwijld’ te beëindigen of te verbieden. Dat is niet mogelijk met een gewone dagvaardingsprocedure, terwijl een eventuele voorlopige voorziening geen definitieve beslechting oplevert.³⁵

De civiele verzoekschriftprocedure kan alleen gebaseerd worden op overtreding van de wettelijke bepalingen bedoeld in onderdeel a van de bijlage Whc. Immers, art. 3:305d BW bepaalt dat de inzet van de procedure is dat ‘degene die een inbreuk of intracommunautaire inbreuk als bedoeld in art. 1.1 van de Wet handhaving consumentenbescherming maakt op de wettelijke bepalingen, bedoeld in onderdeel a van de bijlage bij de Wet handhaving consumentenbescherming, die inbreuk staakt.’ Op de verzoekschriftprocedure zijn de regels van art. 261 e.v. Rv van toepassing, voor zover de Whc niet anders bepaalt. Art. 2.5 Whc eist in elk geval dat de CA een redelijke termijn stelt voor het uitoefenen van het inzage-recht en het staken van de overtreding alvorens het verzoekschrift in te dienen.³⁶

Het verzoekschrift moet onverwijld behandeld worden. Het begrip ‘onverwijld’ is weliswaar niet verder uitgewerkt, maar het zet ongetwijfeld een zekere druk op zeer snelle behandeling. Te bedenken valt nog dat ‘onverwijld’ behandeling door het Hof óók geldt voor verzoekschriften ingediend door private belangenorganisaties en óók geldt voor ‘zuiver nationale’ inbreuken.

Van de bevoegdheid ex art. 3:305d BW heeft de CA tot op heden beperkt gebruik gemaakt. De enige mij bekende beschikking betreft de zaak *Gold Travel*. Het Hof Den Haag stelt in die zaak op verzoek van de CA vast dat een zekere aanbieder van pakketreizen zijn verplichting ex art. 7:512 lid 1 BW om een garantie of zekerheid aan de reizigers te bieden, niet nakomt. Het Hof gelast dat de aanbieder ofwel ophoudt met het aanbieden van pakketreizen ofwel de verplichting naleeft, een en ander op straffe van een (civielrechtelijke) dwangsom.³⁷

2.7 Het duale handhavingstelsel na de Wet OHP

De Wet Oneerlijke Handelspraktijken (Wet OHP) is om drie redenen van groot belang voor de handhaving van consumentenbescherming.³⁸ Allereerst is het materiële werkterrein van de CA veel groter geworden nu ook oneerlijke handelspraktijken in algemene zin (art. 6:193a e.v. BW) door de toezichthouder aangepakt kunnen worden. In de tweede plaats bepaalt de Wet OHP dat de bestuurlijke boete die de CA kan opleggen voor overtredingen ter zake van oneerlijke handelspraktijken ten hoogste € 450.000 bedraagt. Daarmee is ook de derde reden gegeven: de Wet OHP wordt door de CA (en AFM) (vrijwel geheel) bestuursrechtelijk gehandhaafd en niet privaatrechtelijk. De behandeling van het voorstel voor de Wet

³⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 61.

³⁶ Melcherts en Vos 2008, p. 98.

³⁷ Hof Den Haag 7 april 2009, *LJN* BK4880, *TvC* 2009, p. 265.

³⁸ *Stb.* 2008, 397.

OHP werd door het parlement namelijk aangegrepen om het accent in het duale handhavingssysteem nog verder te verleggen naar het bestuursrecht.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel OHP ging de wetgever verder op de door de Whc ingeslagen weg van duale handhaving. Art. 6:193a-193d en 193h BW zouden, zo was het voorstel, civielrechtelijk gehandhaafd worden via de bijzondere verzoekschriftprocedure van art. 3:305d BW. Dat was kort gezegd omdat die bepalingen open civielrechtelijke normen bevatten die invulling en uitwerking behoeven. Dat is bij uitstek een werkzaamheid van de civiele rechter, zo was de gedachte destijds bij de Whc en ook bij de opstellers van de Wet OHP.³⁹

Dat het duale handhavingssysteem van de Whc niet wordt gevolgd onder de Wet OHP, is het gevolg van het aannemen van het amendement onder nr. 14 van kamerlid Vos (PvdA). Met dat amendement is namelijk het duale handhavingssysteem voor wat betreft de Wet OHP verlaten en is gekozen voor de 'una via' van het bestuursrecht. Om de 'link' met het privaatrecht niet te verliezen, stelde de indiener voor om na het einde van de bestuursrechtelijke kolom de mogelijkheid te openen van cassatie in het belang der wet bij de Hoge Raad.

Het amendement werd door kamerlid Vos beargumenteerd met het benadrukken van de discrepanties tussen bestuursrechtelijke en civielrechtelijke handhaving. Bestuursrechtelijk handhaven werd kort gezegd gepresenteerd als slagvaardig, snel, punitief waar nodig, en met de CA als regisseur, terwijl civielrechtelijk handhaven werd afgeschilderd als een instrument dat stroperig is, weinig 'tanden' heeft en kortom niet effectief is.⁴⁰ De duale route zou onnodig omslachtig zijn. Hoe dat ook zij, het amendement is aangenomen en de privaatrechtelijke handhaving door de CA en AFM van de Wet OHP is daarmee van de baan. Maatschappelijk gezien is dat een uitkomst die heel wel verdedigbaar is; veel zal afhangen van hoe in de bestuursrechtelijke kolom omgegaan zal worden met het ontwikkelen, toepassen en uitbouwen van algemene concepten als 'oneerlijk', 'misleidend', 'professionele toewijding'.⁴¹

Of de bestuursrechtelijke kolom werkelijk slagvaardiger is en 'meer tanden' heeft, moet worden afgewacht. Het pad van primair besluit naar oordeel van de CBB zou wel eens doorniger kunnen blijken te zijn dan dat van verzoekschrift bij het Hof Den Haag tot cassatie bij de Hoge Raad. In elk geval zal een enigszins andere rechterlijke attitude van beslissers en beoordelaars in de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingskolom worden gevraagd, omdat zij niet alleen besluiten van een bestuursorgaan toetsen maar ook een bijdrage aan de ontwikkeling van Europees privaatrecht zullen moeten leveren.

Van cassatie in het belang der wet bij oneerlijke handelspraktijken hoeven we intussen niet veel te verwachten. Noch de CA, noch de handelaar heeft na het doorlopen van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingskolom bij overtreding

39 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 10-11; p. 13.

40 Vgl. *Handelingen II* 2007/08, 14, 925.

41 Als ik Scheltema en Scheltema 2009, p. 53 goed begrijp, zouden zij bestuursrechtelijke handhaving van de Wet OHP (m.n. de bestuurelijke boete) in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel oordelen.

van art. 8.8 Whc de mogelijkheid om cassatie in te stellen. Het gaat immers om cassatie in het belang der wet. Het initiatief ligt dus bij (het OM bij) de Hoge Raad. Bovendien kan cassatie alleen van uitspraken van het CBB volgen, dus alleen de zaken van die partijen die daar aanbelanden komen voor deze vorm van cassatie in aanmerking. Een procedure waarbij prejudiciële vragen gesteld kunnen worden aan de Hoge Raad (of een andere samenwerkingsvoorziening tussen civiele en administratieve rechter) had meer zoden aan de dijk gezet.

2.8 De CA als motor achter een WCAM schikking?

In art. 2.6 Whc is bepaald dat de CA als contractspartij kan toetreden tot een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:907 BW (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, WCAM).⁴² De wetstechnische constructie die de Whc hier kiest, is dat art. 7:907 lid 2 BW, art. 7:908-910 BW en titel 3.14 Rv (is art. 1013 e.v. Rv) van overeenkomstige toepassing zijn.⁴³ Het sluiten van een vaststellingsovereenkomst en het voorleggen daarvan aan de rechter door de ConsumentenAutoriteit zijn – aldus de MvT Whc – geen besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb.⁴⁴ Dit ligt voor de hand voor zover het daadwerkelijk voorgelegde vaststellingsovereenkomsten betreft, nu art. 7:907 e.v. BW een uitgebreide civielrechtelijke rechtsbescherming biedt aan belanghebbenden.⁴⁵

De Regering meende dat slechts terughoudend gebruik gemaakt mag worden van art. 2.6 Whc en zag vooral een ‘faciliterende, procesmatige rol’ voor de CA weggelegd als ‘professionele organisatie zonder eigenbelang’. Alleen als private partijen er niet uitkomen, komt de CA in actie, zo was de gedachte.⁴⁶ Het parlement was niet onverdeeld gelukkig met de invoering van art. 2.6 Whc omdat het onnodige overheidsbemoeienis met private onderhandelingsprocessen zou kunnen opleveren. Om die reden is een derde lid toegevoegd dat een ministeriële aanwijzingsbevoegdheid ter zake van het uitoefenen van art. 2.6 Whc invoert. De aanwijzing die inmiddels op grond van art. 2.6 Whc is uitgevaardigd, bepaalt kort gezegd dat de CA instemming van de Minister nodig heeft om überhaupt onderhandelingen te starten (art. 2), dat de CA ‘consumentenorganisaties’ (welke?) moet consul-

⁴² Uitgebreid Krans 2006, p. 521 e.v. Over de WCAM zie ook hierna, par. 3.4.

⁴³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 38: ‘Dit betekent dat waar in die bepalingen gesproken wordt over «stichting of vereniging» in dit geval ConsumentenAutoriteit gelezen moet worden. Dit overigens met uitzondering van artikel 1014, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 907 lid 3, onder f, BW en artikel 1018, tweede lid, tweede zin, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering missen in deze betekenis.’

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 39.

⁴⁵ Wellicht moet het besluit om te contracteren als voorbereidend besluit zoals bedoeld in art. 8:3 Awb worden gezien.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 38-39; *Handelingen II* 2005/06, 85, 5192.

teren (art. 3), en dat de CA een onafhankelijke derde moet inschakelen die als bemiddelaar optreedt (art. 4).⁴⁷

De terughoudendheid van de wetgever is te begrijpen, maar aangezien kan worden vastgesteld dat art. 2.6 Whc de CA niets meer of anders geeft dan een bevoegdheid die private belangenorganisaties ook hebben, moet worden vastgesteld dat van enige pressie door de CA of wettelijke dwang om de vaststellings-overeenkomst met de CA te sluiten geen sprake is. In zoverre biedt art. 2.6 Whc ten beste een mogelijkheid aan de CA om als ‘smeermiddel’ in de onderhandelingen tussen consumentenorganisaties en overtreder(s) op te treden en is de aanwijzingsbevoegdheid wellicht enigszins overdreven.

Voorlopig is het in elk geval realistisch om niet te veel te verwachten van de CA als het gaat om het initiëren van een WCAM schikking. Het zijn vermoedelijk niet zozeer de juridische drempels die het parlement heeft opgeworpen als wel de capaciteitsbeperkingen van de CA die maken dat hier weinig vuurwerk te verwachten valt. Bovendien is het de vraag of het wenselijk zou zijn dat de CA zou optreden als partij bij een WCAM-schikking. Is dat goed te plooiën met de functie van onafhankelijke marktmeester? Wellicht is er iets voor te zeggen om als overheid te denken over het aanstellen van een Consumentenombudsman, die mede als taak heeft het totstandbrengen van dergelijke schikkingen. Heel vreemd is dit idee niet, gegeven de recente stap van de Engelse regering om naast de publieke toezichthouder *Office of Fair Trading* (OFT, vergelijkbaar met NMA en CA samen) de instelling *Consumer Focus* een herkenbare taakstelling te geven die – licht vergelijkbaar met het Scandinavische model van de ‘Ombudsman’ – opkomt voor de belangen van consumenten.⁴⁸ Belangrijk is dat overwogen wordt om deze ook exclusieve bevoegdheden te geven om een opt-out actie bij strooischade te starten.⁴⁹ Maar wat daarvan terecht komt onder de volgende regering, is afwachten.

2.9 Het bouwwerk van de Whc schematisch samengevat

Als we het ‘bouwwerk’ van de Whc bekijken na plaatsing van de ‘dakkapel’ van de geamendeerde Wet OHP, dan zien we het volgende duale stelsel:

47 Algemene aanwijzing van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 1 juni 2007, nr. EP/MW 7064640, inzake de wijze waarop de Consumentenautoriteit een overeenkomst tot vergoeding van schade, als bedoeld in art. 2.6 lid 1 Wet handhaving consumentenbescherming tot stand brengt, *Stcrt.* 2007, 107.

48 Zie nieuwsbericht BBC 1 oktober 2008 ‘Merged consumer body begins work’, op <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7645425.stm>. De website van Consumer Focus is te vinden op www.consumerfocus.org.uk.

49 HM Government 2009, p. 60 e.v.

Bestuursrechtelijke handhaving	Privaatrechtelijke handhaving
Art. 8.2 Whc: naleving art. 3:15d en art. 3:15e BW, art. 6:227b en art. 227c BW	art. 6:194 tot en met art. 6:196 van het Burgerlijk Wetboek
Art. 8.3 Whc: naleving art. 6:236 BW	het bepaalde bij of krachtens art. 7:500 en art. 7:503 tot en met art. 7:513 van het Burgerlijk Wetboek
Art. 8.4 Whc: naleving art. 7:6a lid 2 en 3 BW	art. 6:231 tot en met 6:235 en 6:237 tot en met 6:247 van het Burgerlijk Wetboek, tenzij de overtreder een beding als bedoeld in art. 6:236 van het Burgerlijk Wetboek gebruikt
Art. 8.5 Whc: naleving art. 7 lid 2 en 4 BW, art. 7:46c, art. 46h, art. 46i BW	het bepaalde bij of krachtens art. 7:48a, 7:48c, 7:48d, 7:48e en 7:48g van het Burgerlijk Wetboek
Art. 8.6 Whc: naleving art. 7:48a, art. 48b, art. 48f BW	Art. 7:46a, art. 7:46b, art. 7:46d tot en met art. 7:46g ⁵⁰ , art. 7:46i, uitgezonderd de tweede volzin van lid 1, en art. 7:46j van het Burgerlijk Wetboek
Art. 8.7 Whc: naleving art. 7:501 en art. 502 BW	Art. 7:5, art. 7:6 en art. 7:6a lid 1, 4 en 5, art. 7:17 tot en met art. 7:19, art. 7:21 tot en met art. 7:23 en art. 7:25 van het Burgerlijk Wetboek
Art. 8.8 Whc: naleving afdeling 6.3.3A BW (Wet OHP)	Art. 6:15a tot en met art. 6:15c en art. 6:15f, art. 6:196c en art. 6:227a, art. 6:227b lid 4, 5 en 6, en art. 6:227c lid 3, 5 en 6 van het Burgerlijk Wetboek
Art. 8.9 Whc: naleving afdeling 6.5.2A (informatie over dienstverrichters en hun diensten)	

Zoals te zien valt, heeft de wetgever beoogd dat de twee stelsels niet gelijktijdig van toepassing zijn op handhaving van één en dezelfde norm: de handhaving is ofwel privaatrechtelijk ofwel publiekrechtelijk. In werkelijkheid kan er natuurlijk overlap ontstaan wanneer bepaalde normen die op uiteenlopende wijze worden gehandhaafd, elkaar overlappen.⁵¹ Dat kan zich al snel voordoen met de Wet OHP, omdat de daarin vervatte normen zeer breed toe te passen zijn.

⁵⁰ Met ingang van 1 november 2009 (invoering Wet Betalingsdiensten in de interne markt; *Stb.* 2009, 436) is art. 7:46g BW vervallen. De verwijzing in bijlage onderdeel a WHC is niet aangepast.

⁵¹ Nader daarover Van Boom 2010, § 6.5.

Als we de verschillen tussen de twee handhavingswegen op een rij zetten, ontstaat het volgende beeld:⁵²

	Bestuursrechtelijke procedure	Civiele verzoekschriftprocedure art. 3:305d BW
Pre-processuele handelingen	• opmaken rapport (afd. toezicht) (art. 5:48 e.v. Awb) • toezending rapport; mogelijkheid inzien gegevens (art. 5:48 e.v. Awb) • hoorzitting (afd. handhaving) • besluit CA (art. 2.9 Whc) • bezwaarschrift (art. 1:5 jo. 7:1 Awb); • hoorzitting en advies onafhankelijke bezwaaradviescommissie (art. 7:13 Awb)⁵³ • besluit op bezwaar binnen tien weken (art. 7:10 Awb)	• CA is verplicht om termijn stellen voor staken inbreuk (art. 3:305d BW jo. 2.5 lid 2 Whc) • Waarschijnlijk is twee weken een redelijke termijn (vgl. art. 3:305a lid 2 BW)
Rechtsgang	• Beroep bij Rechtbank Rotterdam (art. 7:1 Whc jo. art. 8:1 Awb) • College van Beroep voor het bedrijfsleven (art. 20 WBB) • Voor handhaving Wet OHP : cassatie in het belang der wet (art 7:1 Whc)	• Hof Den Haag, eerste en enige feitelijke instantie • Cassatie, Hoge Raad
Duur procedure	• Uitspraak in beginsel binnen zes weken (art. 8:66 Awb jo. art. 22 WBB)	• De rechter bepaalt de dag van de uitspraak (art. 286 Rv), maar behandelt het verzoek 'onverwijld' (art. 3:305d lid 4 BW)

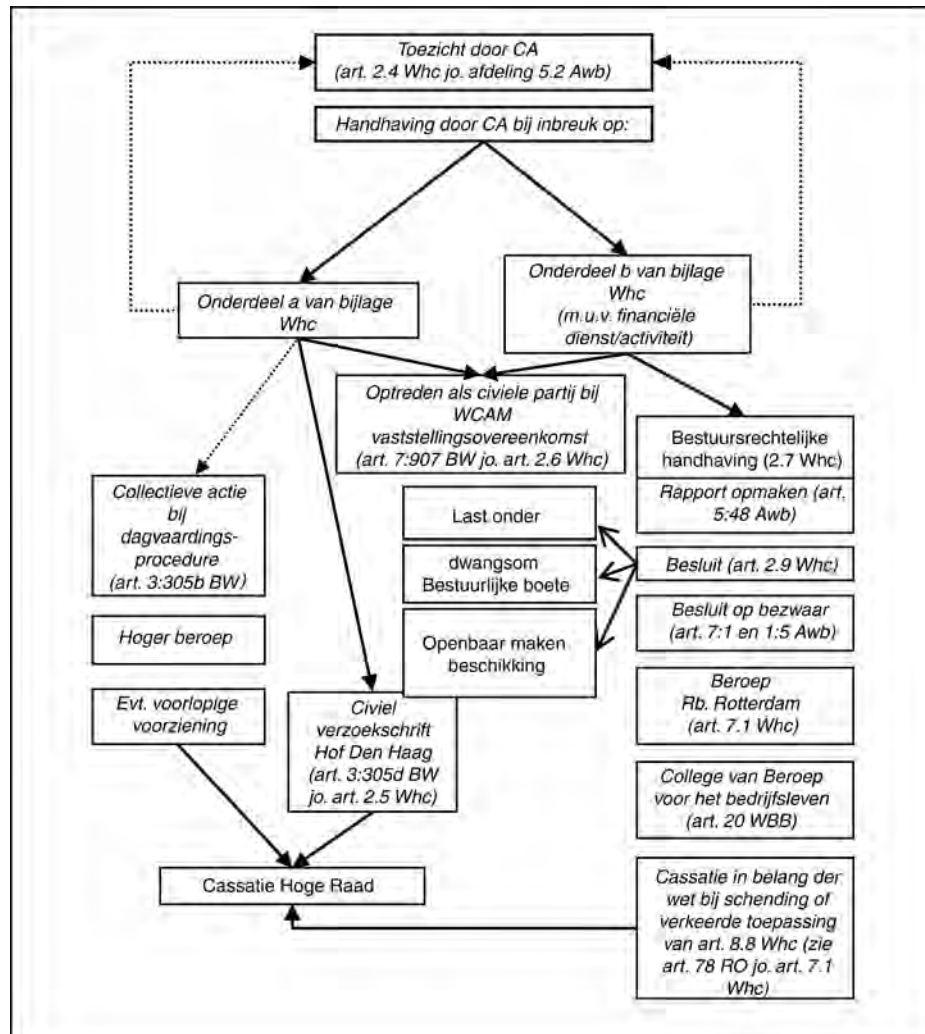
⁵² Zie ook het overzicht bij Van Campen 2007, p. 35 e.v.

⁵³ De onafhankelijke bezwaaradviescommissie is ingesteld door de CA bij besluit van 8 november 2007, *Stcrt.* 2007, 224, p. 10.

	Bestuursrechtelijke procedure	Civiele verzoekschriftprocedure art. 3:305d BW
Remedie	• Bestuurlijke boete, maximaal € 74.000 (art. 2.15 lid 1) dan wel € 450.000 (lid 2) • Last onder dwangsom • Openbaar maken beschikking (art. 2.23 Whc)	• Staken inbreuk • Openbaar maken of laten maken beschikking Hof • Dwangsom, volgens gewone regels Rv

Een en ander leidt tot het samenstel van procedures dat in figuur 1 is te zien.

Figuur - Rechtsgang bij het duale stelsel



2.10 Handhaving van en tegen gedragscodes

Voor de inwerkingtreding van de Wet OHP had de CA geen handhavende bevoegdheid wat betreft gedragscodes. Niettemin heeft zij het overtreders wel zwaar aangerekend (in het kader van het vaststellen van een boete wegens overtreding van andere wetbepalingen) als zij zich profileerden met een gedragscode zonder deze

werkelijk na te leven.⁵⁴ Sinds inwerkingtreding van de Wet OHP heeft de CA twee specifieke bevoegdheden: het optreden tegen ‘foute gedragscodes’ en het optreden tegen handelaren die wel toegetreden zijn tot een gedragscode maar deze vervolgens niet naleven.

Men kan spreken van een ‘foute gedragscode’ als deze ‘een handelen in strijd met de artikelen 193a tot en met 193i van Boek 6 bevordert’, en dus kortom oneerlijke handelspraktijken in de hand werkt. De houder van de gedragscode (zie art. 6:193a lid 1 aanhef en onder j BW) is de aangesprokene die in de verzoekschriftprocedure van art. 3:305d BW (zie lid 2) tot aanpassing van de code kan worden veroordeeld.⁵⁵ De Regering vond het efficiënt om de toezichthouder deze bevoegdheid toe te kennen:

‘Ten tweede krijgen de Consumentenautoriteit, de AFM en de hierboven genoemde stichting of vereniging de mogelijkheid een verzoekschriftprocedure te starten tegen de houder van een gedragscode die het handelen in strijd met het verbod op de oneerlijke handelspraktijken bevordert. Hiermee wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de richtlijn hiertoe biedt in artikel 11, eerste lid, vijfde volzin onder b. De reden om gebruik te maken van deze mogelijkheid is dat het effectiever is om aanpassing van de gedragscode door de houder van de gedragscode te verzoeken dan iedere individuele handelaar die aangesloten is bij de gedragscode hierop aan te spreken. Een eventuele verstoring van de markt die de gedragscode veroorzaakt kan op deze wijze effectief worden bestreden.’⁵⁶

Handhavend optreden tegen individuele handelaars die wel een gedragscode onderschrijven maar deze niet naleven, is mogelijk gemaakt door art. 8.8 Whc jo. art. 6:193c lid 2 onder b BW. De handelaar die een verplichting die is opgenomen in een gedragscode niet nakomt, kan een boete en last onder dwangsom tegemoet zien voor zover de verplichting uit de Code concreet en kenbaar is, de handelaar (publiekelijk) aangeeft dat hij aan die gedragscode gebonden is, en de gemiddelde consument daardoor beïnvloed wordt in zijn contracteerbeslissing. Deze collectieve bestuursrechtelijke handhaving van zelfregulerende gedragscodes in het consumentenrecht is een belangrijke vernieuwing, die de vrijblijvendheid van binding aan gedragscodes serieus terugsnoeit. Zo wordt een handelaar die overweegt toe te treden tot een dergelijke code gedwongen serieus na te denken of hij zich werkelijk wil committeren aan de inhoud daarvan.⁵⁷ Hoe de beboeting op grond van de Whc zich verhoudt tot sancties van specifieke toezichthouders en tot het sanctioneringsstelsel dat de betreffende gedragscode zelf hanteert, is evenwel onduidelijk.

⁵⁴ Besluit Consumentenautoriteit 7 augustus 2008, CA/NB/64/69 (*Holdvest Investments BV en Wizz Mobile Interactive BV*), rdnr. 208.

⁵⁵ Naast aanpassing is openbaarmaking (art. 3:305d lid 3 BW) een mogelijke sanctie. Zie Geerts en Vollebregt 2009, p. 47-48.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p.12.

⁵⁷ Over kracht en zwakte van zelfregulering in de sfeer van handelspraktijken zie men, ook voor verdere verwijzingen, Van Boom e.a. 2009, p. 23 e.v.

2.11 Verdere uitbouw van bestuursrechtelijk privaatrecht

In de gangbare opvatting is privaatrecht er voor en tussen burgers, en moet het worden toegepast door civiele rechters – net zoals bestuursrecht er voor verhoudingen tussen overheid en burger is, toe te passen door bestuursrechters.

Op de Whc is daarom wel kritiek geuit, bijvoorbeeld omdat privaatrechtelijke normen minder geschikt zijn om vertaald te worden in bestuursrechtelijke toezichtnormen.⁵⁸ Deze denktrant ziet naar mijn mening een aantal ontwikkelingen over het hoofd, zoals intensivering van collectieve handhaving in het privaatrecht (hfdst. 9), WCAM (par. 9.4), abstracte toetsing en informeel gezag van gewijsde (par. 9.3). Ook overigens deel ik niet de opvatting dat de grensposities tussen privaatrecht en bestuursrecht in het consumentenrecht streng bewaakt moeten worden; ik ben in elk geval nog niet overtuigd door de argumenten die in dat verband aangedragen plegen te worden.⁵⁹ Ik zie in de kruisbestuiving juist nieuwe hybride rechtsfiguren in ontstaan, zoals de ‘toezegging’ aan de CA om zich van verdere overtreding te onthouden. Zou niet ook aan private belangenorganisaties het recht moeten toekomen om dergelijke toezeggingen in ontvangst te nemen, zodat bij niet-naleving in afwijking van art. 3:305a BW zonder overleg rauwelijks gedagvaard kan worden of de CA tot sanctionering verplicht kan worden?

Het eigenlijke punt van zorg zit naar mijn mening niet in of iets nu privaatrecht is of bestuursrecht, wie met welke instrumenten handhaaft, of sprake is van een gebodsactie met dwangsom *in civilibus* of een bestuursrechtelijke last onder dwangsom van de CA. Zeker als het om consumentenrecht gaat, bestaat er naar mijn idee weinig verschil in doelstelling tussen collectief bestuursrecht en collectief privaatrecht.⁶⁰ Belangrijker vind ik dat de regels die door rechter of wetgever zijn opgesteld ten behoeve van het collectief van consumenten, *nageleefd* worden. Het niveau van spontane naleving van consumentenrecht was voor de introductie van de CA niet om over naar huis te schrijven. Hopelijk verbetert dit nu.

Spontane naleving heeft baat bij duidelijke en opvolgbare regels. Het voornaamste punt van aandacht is dan ook dat niet uit het oog wordt verloren dat tegenover de belangen van consumenten die van ondernemers staan. Zij verdienen duidelijkheid over hoe regels luiden, zodat zij redelijkerwijs kunnen inschatten hoe zij binnen de grenzen van het toelaatbare kunnen opereren.⁶¹ De flexibele normen – privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk – behoeven vrijwel altijd invulling en die invulling lijkt het beste tot stand te kunnen komen met de bekende toezichthoudersstrategieën van ‘responsive regulation’: duidelijkheid geven waar dat nodig is,

58 Zo Scheltema en Scheltema 2009, p. 63. Ik wijs nog op de volgende ‘golf’ van ‘publicisering’ van privaatrecht in art. 4:35b Wft, dat publiekrechtelijke handhaving van de nieuwe titel 7:7b BW (betalingsdienstovereenkomsten) introduceert. Daarover *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 26. Ik wijs ook nog op de kritiek die destijds klonk toen collectieve acties in het privaatrecht opkwamen; zie nader Frenk 1994, p. 7 e.v.

59 Over die argumenten, met verdere verwijzingen, Giesen 2009, p. 308 e.v.

60 Anders: Scheltema en Scheltema 2009, p. 64; p. 75; p. 84.

61 Vgl. bijv. Office of Fair Trading 2008*, p. 7 e.v.

branches stimuleren tot internaliseren van normen en ontwikkelen van ‘goede praktijken’, sanctioneren waar duidelijke regels verwijtbaar niet nageleefd worden.⁶²

62 Ik verwijs naar enkele relevante bronnen: Ayres en Braithwaite 1992; Baldwin en Cave 1999; Gunningham e.a. 1998. Vgl. ook (de verwijzingen bij) Van Boom e.a. 2009, p. 93 e.v.; Giesen 2007. Dit onderwerp verdient meer ruimte dan ik het hier kan geven. Er is ook onmiskenbaar verband met de vraag wat de rol van privaatrecht in onze samenleving is. Ik verwijs korthedshalve naar mijn eerdere (maar nog lang niet uitgekristalliseerde) gedachten daarover, zoals die (voorlopig) vorm kregen in Van Boom 2003 en Van Boom 2006.

3 Recente ontwikkelingen in de collectieve private handhaving

3.1 De risico's van bundeling bij de 'informele collectieve opt-in actie'

Zeker voor consumenten geldt het adagium 'samen staan we sterk'. De psychologische en financiële drempels om ondernemers aan te spreken worden lager door het ineenslaan van de handen.¹ Het is dus niet meer dan logisch om er naar te streven dat zaken die gemeenschappelijke kenmerken hebben, ook gezamenlijk afgewikkeld worden.² Makkelijker gezegd dan gedaan.

Individuele schadevergoedingsrechten van individuele consumenten kunnen in theorie collectief uitgeoefend worden met hulp van klassieke hulpmiddelen zoals cessie of procesvolmacht aan een belangenorganisatie.³ Men kan spreken van een informele opt-in actie: *informeel* omdat er geen sprake is van een bijzondere procedure en *opt-in* omdat elke benadeelde individueel en uitdrukkelijk moet instemmen met het toetreden tot de collectieve schadevergoedingsactie.

De informele opt-in actie kent praktische drempels. Een juridische drempel is bijvoorbeeld de eis dat de cedent met naam en toenaam aan de debitor cessus bekend wordt gemaakt,⁴ zodat deze zijn recht om eventuele verweermiddelen in te roepen (art. 6:145 BW) ook werkelijk kan uitoefenen. Een andere drempel is hierin gelegen dat de individuele rechtsposities naar geldend recht niet van kleur verschieten doordat zij met een informele opt-in actie gebundeld worden. Als die rechtsposities stuk voor stuk onderzocht moeten worden – bijvoorbeeld omdat de omstandigheden van het geval bepalen of er een zorgplicht bestaat dan wel of er sprake is van verschoonbaarheid van dwaling – dan kan bundeling wel eens risicovol zijn.

¹ European Commission 2009*, p. 78. Vgl. ook TNS Nipo 2008, p. 39 e.v. (daarover *Kamerstukken II* 2008/09, 27 879, nr. 22, p. 5 e.v.) waaruit volgt dat kwetsbaarheidsgevoelens van individuele consumenten een belangrijk obstakel zijn bij het verwezenlijken van rechten.

² Peysner en Nurse 2008, p. 30.

³ Frenk 2003, p. 1422; Zippro 2009, p. 503 e.v. Voorbeelden van het succesvol gebruik van cessie treft men onder andere aan in HR 2 december 1994, *NJ* 1996, 246 (*Beleggers Coopag/ABN/Amro*) en HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 289 (*Safe Haven*). Zie Verkade 2009, p. 88. Uiteraard is subjectieve cumulatie van eisers in één dagvaarding ook denkbaar; zie Frenk 2003, p. 1419 e.v.

⁴ HR 27 november 2009, *LJN* BH2162 (*Vereniging van effectenbezitters, Stichting VEB-Actie WOL/World Online International N.V., ABN Amro Bank N.V., Goldman Sachs International*), r.o. 4.4.1-4.4.2.

Een wrang voorbeeld biedt de zaak van de *Stichting Spirit*,⁵ waarin een stichting zich door ruim 1400 teleurgestelde afnemers van het Spaarbeleg Sprintplan product de restitutievorderingen (ter incasso) liet cederen die in elk van de beleggingscontracten zouden ontstaan na vernietiging dan wel ontbinding van die contracten. De stichting werd bovendien door de beleggers gemachtigd om het wilsrecht van vernietiging of ontbinding uit te oefenen. Daarnaast werden vorderingen tot vergoeding van de schade wegens schending van de bancaire zorgplicht gecedeerd. Rechtbank Utrecht wees alle vorderingen in 2006 af.⁶ Er was volgens de rechtbank onder andere onvoldoende gesteld om te concluderen dat de afnemers (en welke) in verschoonbare dwaling verkeerden. De stichting had nagelaten concreet aan te geven in welke individuele omstandigheden van de 1400 beleggers de rechtvaardiging voor het beroep op dwaling gelegen zou zijn. Door na te laten daarover concrete omstandigheden te stellen, kon de rechtbank het bewijsaanbod van de stichting (om alle beleggers als getuige te horen!) passeren. Wel kwam de rechtbank tot het oordeel dat Spaarbeleg onrechtmatig had gehandeld (schending zorgplicht) tegenover de afnemers. Met die vaststelling kwam de stichting niet veel verder, want de vordering tot schadevergoeding werd afgewezen. Causaal verband zou de rechtbank alleen willen aannemen als voldoende aannemelijk zou zijn dat de belegger de SprintPlan-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien Spaarbeleg zich afdoende van haar zorgplicht had gekweten. Om dat te beoordelen, 'is mitsdien noodzakelijk dat de deelnemer in ieder geval inzicht verschaft in zijn persoonlijke (financiële) omstandigheden, beleggingservaring en beleggingsdoelstellingen', en de stichting had ten aanzien van deze omstandigheden van de individuele beleggers niets gesteld.

In appel probeert de stichting de valkuilen van de eerste aanleg te vermijden. Zij presenteert een gestandaardiseerde vragenlijst, ingevuld door de (meeste) beleggers, om hun individuele omstandigheden meer reliëf te geven en aldus voldoende te stellen om een bewijsopdracht mogelijk te maken. Spaarbeleg betwist dat die vragenlijst als geïndividualiseerde onderbouwing van de stellingen van de stichting kan gelden. Het Hof gaat mee in deze redenering en oordeelt in 2008 dat de stichting niet voldaan heeft aan haar gemotiveerde stelplicht.

Wat betreft de collectieve benadering ten aanzien van dwaling denk ik dat de lijn van het Hof in de zaak *Spirit* hier op neerkomt. Een stichting die als cessionaris voor 1400 individuele beleggers een verklaring voor recht van dwaling en restitutie wegens dwaling vordert, wordt alleen toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden die het beroep op dwaling kunnen dragen als per belegger een geïndividualiseerd 'profiel' wordt aangedragen waarbij concreet wordt aangegeven welke de feitelijke grondslag per persoon is. Deze drempel maakt het onmogelijk om, als een rechter eenmaal de lijn hanteert dat een bepaald financieel product – lees: overeenkomst – in algemene zin geen aanleiding geeft tot vernietiging wegens

⁵ Hof Amsterdam 16 september 2008, *LJN BF0810*, JA 2008, 158 (*Stichting Spirit/Aegon Bank NV*).

⁶ Rb. Utrecht 20 december 2006, *LJN AZ5241*.

dwaling, een dwalingsberoep op collectief niveau vorm te geven. Er zal per individu gemotiveerd gesteld moeten worden waarin de dwaling gelegen is, welke omstandigheden tot een spreek- of onderzoeksplicht voor de wederpartij van de dwalende hadden moeten leiden, welke omstandigheden het in concreto zijn die maken dat de dwaling voor rekening van de wederpartij gebracht moeten worden, et cetera. Een collectief dwalingsberoep is daarmee onmogelijk, tenzij als gezegd de rechter oordeelt dat het financieel product in algemene zin reeds dwaling teweegbrengt.⁷ Deze drempel komt niet echt als een verrassing. Dat een dergelijk collectief dwalingsberoep moeilijk ligt, volgt allereerst uit de rechtspraak op het leerstuk van de dwaling⁸ of het beroep slaagt, hangt af van alle relevante omstandigheden van het geval. Tegen die achtergrond is collectivering van individuele acties die traditioneel het vaststellen van concrete omstandigheden vergen, zoals het beroep op dwaling, een hachelijke onderneming. Het collectief vorderen van schadevergoeding is evenmin eenvoudig. Het Hof bleek wel bereid om algemene uitspraken te doen over de zorgplicht van Spaarbeleg tegenover de beleggers in het algemeen, maar de vorderingen tot schadevergoeding werden afgewezen omdat kort gezegd ook daarvoor de individuele omstandigheden nader onderbouwd hadden moeten worden.

Het is goed verklaarbaar waarom de rechterlijke macht hier op de rem gaat staan. Naar geldend recht begint het denkprocedé van de rechter bij de individuele claimant die zich op dwaling beroept of schadevergoeding eist. Om dat individu recht te doen, moet zorgvuldig gewikt en gewogen worden. De rechter ziet dat proces niet alleen als zijn taak in het burgerlijk recht maar ook als zijn professioneel specialisme. Pogingen als van de stichting Spirit om de chef van een viersterren restaurant nu opeens kant-en-klaar maaltijden in een gaarkeuken te laten bereiden, stuiten op weerstand. Rechters hebben misschien ook niet de processuele instrumenten (laat staan de feitelijke capaciteit) om in 1400 bij elkaar genomen individuele schadevergoedingsvorderingen, snel en efficiënt concrete informatie te krijgen over de concrete schade en het concrete causaal verband. Die concrete informatie hebben zij hij uiteraard nog niet als zij – zoals de in de *Spirit* zaak – 1343 ingevulde formulieren en een spreadsheet van de antwoorden krijgen. In het traditionele model van het tweepartijenproces wordt de eis dan afgewezen als zijnde gebouwd op onvoldoende onderbouwde stellingen.

Dat is begrijpelijk maar toch onbevredigend; het is betrekkelijk eenvoudig om slecht onderbouwde stellingen af te wijzen, veel minder eenvoudig is het (al was het maar omdat de wet hier geen houvast biedt) om te weten hoe men gecollectiveerde vorderingen substantieert op een abstract maar toch concreet genoeg niveau. Moet van de rechter in massaschade-afwikkeling niet juist een meer regisserende rol worden verwacht? Het probleem is natuurlijk dat ‘de rechter’ niet bestaat, zeker

7 De kans daarop is sinds de effectenlease-arresten van juni 2009 vrijwel nihil. Zie HR 5 juni 2009, LJN BH2811 (*Het Levob Hefboomeffect*), HR 5 juni 2009, LJN BH2815 (*Dexia KoersExtra*), HR 5 juni 2009, LJN BH2822 (*Aegon SprintPlan*), JA 2009, nr. 116-118.

8 Zie de casuïstiek bij losbl. Verbintenissenrecht I, art. 228 (*Hijma*).

niet in feitelijke instantie. Zolang er geen bijzondere procedurele voorzieningen bestaan – daarover hierna in par. 9.4 meer – ligt het juist op de weg van de cessionaris die tot gecollectiveerde aanbieding van de zaken overgaat, om het dossier ‘panklaar’ aan te leveren. Een eiser die als cessionaris een gecollectiveerd pakket vorderingen instelt, zou mogelijk meer richting kunnen krijgen met een *rolreglement massaschadezaken* waarin de randvoorwaarden gesteld worden. Het reglementeren van gecollectiveerde vorderingen – bijvoorbeeld door op voorhand aan te geven hoe de ‘spreadsheet’ er uit moet zien⁹ – biedt misschien ook daarom perspectief omdat, als de stichting wél per belegger gemotiveerd had gesteld dat en waarom sprake was van dwaling en schade door schending van de zorgplicht, de feitenrechters hier nog wel even zoet waren geweest met het horen van meer dan 1000 getuigen.

3.2 De ontwikkeling van de 305a-actie

De collectieve actie van art. 3:305a BW kan strekken tot gebod (waaronder rectificatie), verbod en verklaring voor recht. De actie kan dus ook strekken tot restitutie aan individuele benadeelden, bijv. wegens onverschuldigde betaling na vernietiging of nietigheid van individuele titels tot betaling van een geldsom, of tot nakoming van een primaire verbintenis tot betaling van een geldsom.¹⁰ Schadevergoeding vorderen als organisatie ten behoeve van individuele benadeelden ligt evenwel moeilijk. Art. 3:305a lid 3 BW staat niet toe dat schadevergoeding wordt gevorderd voor de achterban van de belangenorganisatie.¹¹ Pogingen om het schadevergoedingsverbod te omzeilen, zijn niet succesvol gebleken. Een vergelijkbaar obstakel voor vernietiging wegens dwaling en vergoeding van schade op de voet van afd. 6.1.10 BW zagen we al in par. 3.1 wat betreft de ‘informele opt-in actie’.

Duidelijk is dus dat de 305a-actie wél kan leiden tot een gebod tot betaling van een geldbedrag aan de personen wier belangen gediend zijn met de 305a-actie als de rechtsgrond daarvoor onverschuldigde betaling of nakoming van een bestaande verbintenis betreft. Minder duidelijk is of de wetgever hiermee ook heeft willen uitsluiten dat een rechter in het kader van een 305a-actie zich uitlaat over het bestaan van een wettelijke schadevergoedingsplicht zonder te veroordelen tot scha-

⁹ Ik wijs ook op Van den Reek en De Waal 2009, p. 279 die beschrijven hoe de individuele effectenlease-dossiers op zeer uiteenlopende wijze worden opgebouwd en aangeboden aan de rechter in eerste aanleg. Misschien is het ook zinvol om de rechterlijke macht de bevoegdheid te geven om in een geval dat zich naar het laat aanzien ontpopt als een massaschadedossier een min of meer gestandaardiseerde opbouw van processtukken te eisen. Vgl. de Engelse *pre-action* protocollen (hoewel die zeker niet over de gehele linie een eclatant succes kunnen worden genoemd).

¹⁰ Bijv. HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369 (*Consumentenbond/Nuts*); HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 709 (*Vervoersbond FNV/Transportbedrijf Jac. Kuypers*). Zie verder losbl. Vermogensrecht, art. 305a (Jongbloed), aant. 16; Frenk 2003, p. 1458 e.v.. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7, p. 5 (WCAM); *Kamerstukken II* 2008/09, 31 762, nr. 1, p. 2 (evaluatie WCAM).

¹¹ Bijv. Frenk 2005, p. 296 e.v.; Frenk 2007, p. 2615 e.v.; Tzankova 2007, p. 157 e.v.; Asser e.a. 2003, p. 180 e.v.; Kroes 2008, p. 266 e.v. Zie ook Kroeze 2007, p. 81 e.v. voor argumenten die pleiten voor afschaffing van het verbod.

devergoeding. Kan met andere woorden een verklaring voor recht worden gevorderd dát er tegenover de achterban van de 305a-organisatie een verplichting tot betaling van schadevergoeding in de zin van afd. 6.1.10 BW bestaat? Die vraag is aan de Hoge Raad voorgelegd in de *Vie d'Or* zaak. In cassatie stelde de Stichting Vie d'Or dat de vordering tot verklaring voor recht dat de aangesprokenen hoofdelijk gehouden waren tot vergoeding van de schade die de polishouders hadden geleden, behoort tot de vorderingen die in verband met de te bundelen gelijksoortige belangen van de polishouders in een 305a-procedure kunnen worden ingesteld en dat art. 3:305a lid 3 BW daaraan niet in de weg staat. De Hoge Raad verwierp dat betoog:

“Het hof heeft – niet onbegrijpelijk – geoordeeld dat de bedoelde rechtsvordering in wezen ertoe strekt de omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens ieder van de individuele polishouders vast te stellen. Nu deze vaststelling niet kan geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, het ontstaan van die individuele schade aan het handelen van de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants kan worden toegerekend en in welke mate de aan dezen en mogelijk aan de individuele benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, verzet de strekking van art. 3:305a BW zich tegen toewijzing van die vordering. De belangen die de rechtsvordering aldus beoogt te dienen laten zich, naar het hof niet onbegrijpelijk heeft overwogen, in dit geval in zodanig onvoldoende mate veralgemeniseren, dat zij niet gerekend kunnen worden tot de gelijksoortige belangen waarop art. 3:305a BW het oog heeft. Daaraan doet niet af dat het hof, in het bijzonder omtrent het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants en de totale schade en het tijdstip waarop die totale schade moet worden berekend, beslissingen heeft gegeven die op zichzelf “veralgemeniseerbare vraagstukken van causaliteit en aansprakelijkheid” betreffen.”¹²

In *Vie d'Or* bleek het dus niet mogelijk om via een 305a-actie een verklaring voor recht te verkrijgen dat schadeplichtigheid bestaat tegenover alle betrokken individuen. Dat is vanuit de systematiek van art. 3:305a BW begrijpelijk voor zover men met een dergelijke verklaring voor recht de rechter eigenlijk vraagt om de omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens ieder van de individuele polishouders vast te stellen. Die vaststelling kan niet altijd geschieden zonder te treden in beoordeling van concrete omstandigheden in elk van de rechtsverhoudingen met individuele benadeelden. Toch kan niet worden ontkend dat bij massaschade van de rechterlijke macht regie op ‘veralgemeniseerd’ niveau bijzonder zinvol kan zijn om buitengerechtelijke afwikkeling op individueel niveau richting te geven.¹³ Gelukkig was de Hoge Raad toeschietelijker in het de zaak *Dexia KoersExtra*:¹⁴

¹² HR 13 oktober 2006, JA 2007,2, NJ 2008, 528-529 (*Vie d'Or*), r.o. 8.1.3. Vgl. over ‘gelijksoortigheid’ bijv. Frenk 2003, p. 1449 e.v.

¹³ Vgl. Zippo 2009, p. 493.

¹⁴ HR 5 juni 2009, LJN BH2815, JA 2009, 117 (*Dexia KoersExtra*), r.o. 4.1.

“De onderhavige zaak betreft een geschil over een effectenlease-overeenkomst en is door partijen in cassatie als een proefprocedure is opgezet. Daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen. Daarbij past reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenlease-producten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop dit is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product.

Niettemin zal de Hoge Raad, met inachtneming van dat voorbehoud, met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten, zowel ter zake van aflossingsproducten als ter zake van restschuldproducten, hierna in een algemene beschouwing ingaan op het verband tussen de zorgplicht en de schadevergoeding ingeval aan die zorgplicht niet is voldaan. Daarmee wordt niet een instructie gegeven voor de verdere behandeling van dit soort geschillen, maar slechts een handreiking aan de praktijk voor de beslechting ervan.”

Vervolgens gaf de Hoge Raad in deze en de andere twee effectenlease-arresten van juni 2009 concrete en richtinggevende ‘handreikingen’ met als doel de afwikkeling van de individuele dossiers te vereenvoudigen. Dat betekent dat formeel de lijn uit *Vie d’Or* niet is doorbroken, maar materieel levert de Hoge Raad nu wel degelijk ‘maatwerk op macroniveau’, zoals Tzankova dat noemde.¹⁵ Ik vat deze handreikingen in negen punten samen:¹⁶

1. De waarschuwingsplicht en de plicht om inlichtingen in te winnen over inkomen en vermogen hebben een algemeen karakter en zijn niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer.
2. De waarschuwings- en inlichtingenplichten strekken ertoe te informeren over en te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico’s of van risico’s die de afnemer redelijkerwijze niet kan dragen. Deze plichten hebben zelfstandige betekenis, want ook als een afnemer de transactie financieel kan dragen, betekent dat niet dat hij dat ook na indringende waarschuwing nog zou hebben gewild.
3. Indien de financiële positie van de afnemer van dien aard was dat hij destijds naar redelijke verwachting niet aan zijn (periodieke) betalingsverplichtingen zou kunnen (blijven) voldoen, brengt de plicht van de aanbieder tot inkomens- en vermogensonderzoek de verplichting mee de afnemer te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan.
4. Schending van deze zorgplichten zal in het algemeen meebrengen dat de aanbieder van het effectenleaseproduct gehouden is de daarmee verband houdende schade te vergoeden, maar de afnemer zal volgens de hoofdregel

¹⁵ Tzankova 2007, p. 182. Kroeze 2007, p. 79 spreekt van ‘confectierecht’.

¹⁶ Uitgebreider Van Boom 2009*, p. 228 e.v.; Pijls 2009, p. 250 e.v.

- van art. 150 Rv in beginsel moeten stellen en zonodig bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van deze zorgplichten.
5. Schending van de zorgplicht leidt in het algemeen tot een vergoedingsplicht van de aanbieder voor schade die in *condicio-sine-qua-non* verband met de schending staat. Voor het geval de aanbieder stelt dat de afnemer de overeenkomst ook zou hebben gesloten als de zorgplicht wel was nageleefd, moet onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties.
 - a. In de eerste situatie, waarin de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zodanig was dat de aanbieder had moeten begrijpen (bij inwinnen van voldoende informatie) dat de afnemer naar verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op zich zou nemen (wat betreft termijnbedragen en/of restschuld) die hij bij voldoende bewustheid van de risico's niet zou zijn aangegaan, kan er in beginsel van worden uitgegaan dat de afnemer de overeenkomst niet zou hebben gesloten als de zorgplicht was nageleefd.
 - b. In de tweede situatie, waarin de afnemer deze lasten wel kon dragen, moet het verweer van de aanbieder dat de overeenkomst toch wel gesloten zou zijn, voldoende concreet zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.
 6. Wat betreft de vraag welke schade kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW, geldt dat als de aanbieder tekortgeschoten is in de zorgplicht die ertoe strekt om te voorkomen dat een particulier lichtvaardig of met ontoereikend inzicht de overeenkomst sluit, in beginsel het aangaan van de overeenkomst kan worden toegerekend aan de aanbieder, zodat in beginsel niet alleen de ontstane restschuld maar ook de betaalde rente en reeds betaalde aflossing op de restschuld voor vergoeding in aanmerking komen.
 7. Vervolgens moet op de voet van art. 6:101 BW worden beoordeeld in hoeverre de schade als door de afnemer zelf veroorzaakt voor zijn rekening moet blijven. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de reeds betaalde rente, aflossingen en eventuele kosten alsmede de restschuld mede het gevolg zijn van aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden, daarin bestaande dat uit de overeenkomst voldoende duidelijk kenbaar was dat werd belegd met geleend geld, dat er geld geleend werd, dat daar rente over moest worden betaald en dat het geleende terugbetaald moest worden, ongeacht de waarde van de effecten op het tijdstip van verkoop daarvan. Bovendien mag van de afnemer worden verwacht dat hij alvorens de overeenkomst aan te gaan, zich redelijke inspanningen getroost om de overeenkomst te begrijpen.
 8. Bij de verdeling op grond van art. 6:101 BW geldt dat fouten uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht in beginsel minder zwaar wegen dan het tekort-

schieten van de aanbieder in de zorgplicht. De Hoge Raad maakt daarbij onderscheid tussen rente en aflossingen enerzijds en restschuld anderzijds. De restschuld zal steeds gedeeltelijk voor rekening van de afnemer gelaten kunnen worden. Wat betreft de rente en aflossingen geldt dat als de aanbieder bij deugdelijk onderzoek was gebleken dat de afnemer naar redelijke verwachtingen de rente en aflossingen zou kunnen dragen, deze schadeposten geheel voor rekening van de afnemer blijven. Zou onderzoek hebben uitgewezen dat dat niet het geval was, dan had de aanbieder moeten adviseren om de overeenkomst niet aan te gaan en zal in beginsel een deel van de rente en aflossingen voor rekening van de aanbieder komen.

9. De toerekening van 40% eigen schuld aan de afnemer in de zaak *Levob Hefboomeffect* kan ook in andere geschillen omtrent effectenlease-overeenkomsten waarbij ten aanzien van de afnemer soortgelijke vaststellingen worden gedaan, tot uitgangspunt worden genomen.

Dat de Hoge Raad in negen concrete punten richting probeert te geven aan de afwikkeling van nog openstaande effectenleasezaken, toont naar mijn indruk aan dat het zeker niet onmogelijk is om verklaring voor recht te geven in een 305a-zaak over hoe globaal gesproken vergelijkbare individuele zaken afgewikkeld moeten worden. De Hoge Raad formuleert immers algemene uitgangspunten over zorgplicht, *condicio sine qua non*, toerekening naar redelijkheid, schadebegroting en eigen schuld. De manier waarop hij dat doet overstijgt de concrete casus van de concrete afnemers, en dat is te rechtvaardigen omdat zij geen ‘geval apart’ zijn. Met die benadering lijkt de Hoge Raad dus toch minder terughoudend dan in *Vie d’Or*.

Overigens zal niet elke zaak zich lenen voor dergelijke handreikingen op ‘veralgemeniseerd’ niveau; dat zal onder meer afhangen van de mate waarin het gebruikelijk is om ook in individuele gevallen de schadeberekening ex afd. 6.1.10 BW eenvoudig te laten plaatsvinden. ‘Veralgemeniseerde’ uitspraken over berekening van zaakschade en (zoals hier) puur economische schade zullen wellicht eenvoudiger zijn te doen dan over bijvoorbeeld letselschade. Niettemin interpreteer ik de drie effectenlease-uitspraken aldus dat de Hoge Raad een signaal afgeeft dat hij nadrukkelijk bereid is om de grenzen van art. 3:305a lid 3 BW te verkennen. Ik hoop dat dit de juiste interpretatie is en dat de Hoge Raad bereid is dat vaker te doen, want dat zou grote winst betekenen voor de ‘praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling’ van geschillen over massaschade.

Deze ontwikkeling zou ook een overbrugging kunnen betekenen van de kloof tussen de enerzijds de abstracties die bij collectieve acties door belangengroeperingen worden toegepast en anderzijds de concrete rechtsbedeling die bij individuele claims vaak nog centraal staat. Een voorbeeld van die abstracte benadering kan bijvoorbeeld gevonden worden in art. 6:240 BW, de abstracte toetsing van algemene voorwaarden in collectieve acties waarbij geen rekening wordt gehouden met

concrete omstandigheden. Het is de set van voorwaarden *als zodanig* die getoetst moet worden.¹⁷ Een ander voorbeeld is de toepasselijkheid van bewijsrechtelijke voordelen op procedures gevoerd door individuen. Als een publiekrechtelijke handhaving tegen misleidende prospectus plaatsvindt, kan niet de bewijslastomkering ten aanzien van de juistheid en volledigheid worden ingeroepen; dat kunnen alleen individuele consumenten.¹⁸

Zoals we hiervoor zagen – ik wijs op de zaak van *Stichting Spirit* – loopt abstractie nogal eens stuk op twee bastions van individuele rechtsbedeling in het burgerlijk recht: de wilsgebreken en schadevergoeding volgens afd. 6.1.10 BW. Het heeft er veel van weg dat we de wilsgebreken moeten afschrijven als instrument van abstracte collectieve rechtshandhaving. Voor afd. 6.1.10 BW is dat nog maar de vraag. Uiteraard heeft afd. 6.1.10 BW wel de potentie tot abstractie (denk aan art. 6:97 en 103 BW), maar bij collectieve handhaving zien we dat daar nog weinig gebruik van wordt gemaakt. Rechters zijn bijvoorbeeld – niet onbegrijpelijk – bang om individuele benadeelden te veel of te weinig schadevergoeding toe te kennen en het vermijden van fouten door de schadevergoedingsvordering af te wijzen, is dan de voor de hand liggende beslissing.

Toch lijkt het er op dat abstractie zich ook uitdrukkelijk in het aansprakelijkheidsrecht manifesteert in die gevallen waarin individuen procederen, bijvoorbeeld als de normstelling op een maatman-consument is afgestemd.¹⁹ Als een prospectus op het algemene publiek is gericht en dat algemene publiek misleid zou zijn door de inhoud (en beïnvloed in zijn aan- of verkoopbeslissing), dan is onrechtmatig gehandeld. Ook tegenover individuen die meer dan gemiddelde ervaring met beleggen hebben.²⁰ In *World Online* zien we dat de Hoge Raad een brug slaat tussen de abstractie van de maatman-consument en de schade die concrete consumenten hebben geleden door ook bij die personen een zekere abstractie toe te passen. De Hoge Raad neemt met het oog op het communautaire vereiste van effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, tot *uitgangspunt* dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is.²¹

Dit alles betekent dat rechters – de Hoge Raad voorop – geen brood zien in abstractie bij wilsgebreken, maar dat zij zeker toeschietelijker zijn bij aansprakelijkheidsvragen en tot op zekere hoogte ook bij schadevergoedingsvragen. Daarmee zijn de risico's van bundeling bij informele collectieve opt-in actie zeker niet verdwenen maar lijken zij wel beter ingedamd te zijn dan enige jaren geleden.

¹⁷ Mölenberg 1995, p. 239 e.v.

¹⁸ Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 17 (Wet OHP). Verkade 2009, p. 92; Geerts en Vollebregt 2009, p. 50.

¹⁹ Vgl. Kroeze 2007, p. 81 e.v.

²⁰ HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820, *JA* 2008, 133 (*TMF/De Boer*), maatstaf van de gemiddelde consument ontleend aan o.a. HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *Jur.* 1998, p. I-04657 (*Gut Springenheide*). Vgl. Pijls 2009, p. 257; Pijls 2008, p. 342 e.v.

²¹ HR 27 november 2009, *LJN* BH2162 (*Vereniging van effectenbezitters, Stichting VEB-Actie WOL/World Online International N.V., ABN Amro Bank N.V., Goldman Sachs International*), r.o. 4.11.1-3.

3.3 De ‘informele proefprocedure’ en gezag van gewijsde

Met regelmaat worden, ook in consumentenzaken, aan de rechter casus voorgelegd bij wijze van proefprocedure. De effectenlease-arresten van juni 2009 zijn er een voorbeeld van. Juridisch gezien is een proefprocedure in ons land echter een niet-bestaand fenomeen: er is geen bijzondere rechtsgang voor proefprocedures en de uitkomst van de procedure heeft geen gezag van gewijsde in andere zaken. En toch kan een goed opgezette proefprocedure tot een richtinggevend precedent leiden, waar andere partijen in andere zaken hun schikkingsgedrag naar kunnen richten.

Een proefprocedure is dus praktisch van belang, maar het karakter van proefprocedure blijft tweeslachtig: aan de ene kant betreft het een specifieke zaak met eigen kenmerken en moet de rechter aan de feiten van het concrete geval recht doen. Aan de andere kant erkennen partijen (en hopelijk ook de rechter) dat de rechtsvragen die voorgelegd worden, zaaksoverstijgend zijn. Een zekere veralgemenisering van de uitspraak is dus wenselijk. De Hoge Raad geeft in *Dexia KoersExtra* (zie hiervoor par. 3.2) uitdrukkelijk rekenschap van de wijze waarop hij deze taak opvat.²²

In de zaak *SprintPlan* laat de Hoge Raad zich nog wat specifiek uit over het procederen over zorgplichten zonder een concrete benadeelde. In *SprintPlan* was namelijk sprake van een stichting die een collectieve actie ex art. 3:305a BW instelde. Die zorgplicht kan volgens de Hoge Raad ook aan de orde worden gesteld in een 305a-actie, ook als de achterliggende individuele dossiers niet allemaal identiek zijn. Dat is een belangrijke steun in de rug voor 305a-acties, omdat daarmee gegeven is dat een onrechtmatigedaadsactie – om met een common law term te spreken – ‘actionable per se’ kan zijn:

‘Onderdeel 3.5 komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen het oordeel van het hof dat Aegon is tekortgeschoten in de nakoming van een op haar rustende waarschuwings- en onderzoeksplicht en dientengevolge onrechtmatig heeft gehandeld jegens alle “Sprintplan”-deelnemers. Daartoe wordt aangevoerd dat dit met name onjuist en/of onbegrijpelijk is ten aanzien van de deelnemers die het contract ongewijzigd hebben uitgevoerd en dus niet met een restschuld zijn geconfronteerd, respectievelijk die hun overeenkomst tussentijds hebben beëindigd om andere redenen dan omdat zij de daaruit voortvloeiende verplichtingen financieel niet konden (blijven) dragen.

4.6.13 Dit onderdeel faalt. Voor het antwoord op de vraag of Aegon is tekortgeschoten in de op haar rustende bijzondere zorgplicht en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld, is – anders dan het onderdeel betoogt – niet van belang dat bepaalde deelnemers, in het bijzonder doordat bij hen het restschuldrisico zich niet heeft verwezenlijkt, als gevolg van dit onrechtmatig handelen geen schade hebben geleden.’²³

22 HR 5 juni 2009, 08/03771, LJN BH2815 (*Dexia KoersExtra*), r.o. 4.1.

23 HR 5 juni 2009, 08/00909, LJN BH2822 (*Aegon SprintPlan*), r.o. 4.6.12.

In de zaak World Online bouwt de Hoge Raad pragmatisch verder aan de informele proefprocedure:

“4.8.1 De collectieve actie van VEB strekt ertoe een verklaring voor recht te verkrijgen dat World Online en de Banken onrechtmatig hebben gehandeld door, kort gezegd, in de periode rond de beursintroduktie van World Online onjuiste en/of onvolledige informatie te geven of anderszins misleidend te handelen. Volgens de vaststelling van het hof komt VEB in deze procedure op voor de belangen van de beleggers die in de periode van 17 maart tot en met 3 april 2000 aandelen World Online hebben verworven. Hoewel het antwoord op de vraag of en in hoeverre iedere belegger afzonderlijk daadwerkelijk door de gestelde onrechtmatige daad is misleid, mede afhankelijk is van de omstandigheden waarin die belegger ten tijde van zijn beleggingsbeslissing verkeerde, leent een vordering als de onderhavige zich bij uitstek voor bundeling van aanspraken van individuele beleggers in de vorm van een collectieve actie. Bij deze collectieve actie staat immers uitsluitend ter beoordeling of het gedrag van World Online en de Banken bij de beursintroduktie onrechtmatig is geweest. Bij de beantwoording van die vraag kan geabstraheerd worden van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers (vgl. r.o. 7.3 van HR 23 december 2005, nr. Co4/173, LJN AU3713, NJ 2006, 289). Die omstandigheden zijn pas relevant bij vragen omtrent bijvoorbeeld schade(omvang), causaal verband en eigen schuld. Voor zover de onrechtmatigheid van de gedragingen van World Online en de Banken gegrond wordt op het openbaar maken van misleidende mededelingen, gaat het dus niet om de vraag of en in hoeverre (bepaalde) beleggers daadwerkelijk zijn misleid, maar om de vraag of World Online en de Banken zich vanwege het misleidende karakter van de mededelingen hadden moeten onthouden van het openbaar maken daarvan (zie ook hierna in 4.10.4). Een andere opvatting zou toepassing van art. 3:305a BW onaanvaardbaar beperken.

4.8.2 Hoewel de beslissing die naar aanleiding van de onderhavige collectieve actie wordt gegeven enkel gezag van gewijsde heeft tussen VEB enerzijds en World Online en/of de Banken anderzijds (vgl. HR 7 november 1997, nr. 16409, LJN ZC2483, NJ 1998, 268), ligt het in de rede het in deze procedure gegeven oordeel over de onrechtmatigheid wel tot uitgangspunt te nemen in de afzonderlijke vervolgpcedures. In het oordeel over de onrechtmatigheid is immers het in art. 3:305a BW bedoelde gelijksoortige belang gelegen van de beleggers ten behoeve van wie VEB de collectieve actie heeft ingesteld. Aldus wordt ook een effectieve en efficiënte rechtsbescherming geboden, mede doordat zo tegenstrijdige beslissingen omtrent de onrechtmatigheidsvraag voorkomen kunnen worden, hetgeen ook in het belang van World Online en de Banken is. Deze gang van zaken doet geen afbreuk aan het (mede in art. 6 EVRM verankerde) recht van World Online en de Banken dat hun zaak – ook in de vervolgpcedures – op onbevooroordeelde wijze en in een eerlijk proces wordt behandeld. Zij hebben immers zowel in de onderhavige procedure als in de individuele vervolgpcedures alle gelegenheid tot verweer.”

In *World Online* faciliteert de Hoge Raad dus een informele proefprocedure met een informeel gezag van gewijsde, waar individuele benadeelden in vervolgproudures beroep op kunnen doen. Dat is belangrijke winst. Ik kom daar nog op terug in par. 4.3.2.

3.4 Processuele ontwikkelingen: van WCAM naar prejudiciële vraag

Onder druk wordt alles vloeibaar, ook de werkwijze van een *chef*. Dat bleek al uit het plan van aanpak dat het Landelijk Overleg civiel en kanton in 2004 in samenwerking met de Raad voor de Rechtspraak opstelde en waaruit de bekende beslismodules voor de afwikkeling van effectenleasezaken in eerste aanleg voortkwamen. Een dergelijke ad-hoc standaardisering (en de allergische reacties die het teweegbrengt) roept natuurlijk tal van vragen op over de rol van rechters en hun instrumenten als het gaat om de afwikkeling van massaschade. Die vragen werden met de introductie van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) urgent.

De WCAM is bijzonder omdat zij een bijzondere procedure biedt die voortbouwt op een vrijwillig totstandgekomen schikking tussen veroorzaker en belangenorganisatie.²⁴ Partijen verzoeken vervolgens gezamenlijk het Hof Amsterdam om algemeenverbindendverklaring (a.v.v.). Het Hof beoordeelt de merites van de schikking – onder andere ten aanzien van de vraag hoe dicht de schikking de werkelijke rechtspositie van de benadeelden nadert, of de belangenorganisatie een adequate vertegenwoordiging van de benadeelden oplevert, et cetera. Wordt de schikking algemeen bindend verklaard, dan hebben individuen het recht om de schikking te verwerpen door een opt-out verklaring uit te brengen.

Bijzonder aan de WCAM is dat de schikking en de a.v.v. *vrijwillig* moet geschieden, zodat deze in de schaduw van het alternatief voor de betrokken partijen zal plaatsvinden.²⁵ Die vrijwilligheid maakt ook dat schikking en goedkeuring kan plaatsvinden zonder dat er een rechter is (laat staan de hoogste rechter) die zich ooit heeft uitgelaten over de aansprakelijkheid en schadeplichtigheid van de ‘veroorzaker’. Gegeven de vrijwilligheid is het niet gezegd dat elke collectieve handhaving in een WCAM-schikking uitmondt. Aan de ene kant van de onderhandelings-tafel moet een georganiseerd 305a-vehikel zitten en aan de andere kant een schikkingsbereide veroorzaker. De factoren die bepalen of een WCAM-schikking zinvol is voor de veroorzaker, zijn onder andere: hoeveel individuele rechtszaken kan hij verwachten, hoeveel van deze zaken zal hij verliezen, wat zijn de te verwachten kosten die voortvloeien uit het verliezen van deze zaken, wat zijn de daarmee samenhangende proceskosten die hij zal moeten vergoeden, welke reputatieschade zal hij daardoor oplopen? Kortom: een afweging van de te verwachten kosten en

²⁴ Zie over de WCAM, met nadere verwijzingen, losbl. Bijzondere Overeenkomsten, art. 907 e.v. (Van Doorn).

²⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 762, nr. 1, p. 4 e.v.

baten in het licht van het alternatief.²⁶ De vijf WCAM schikkingen die verbindend zijn verklaard, betreffen op de DES-schikking na alle puur economische schade, zoals de koersschade van aandeelhouders door (Shell), te laat openbaar maken van fusiebesprekingen (Vedior), de schade door aankoop van effectenleaseproducten (Dexia) en de schade van polishouders van een failliete levensverzekeraar (Vie d'Or). De financiële belangen in deze zaken waren groot. Juist daarom is het van belang dat de belangrijkste rechtsvragen die partijen verdeeld houden, bij voorkeur wél door de rechter eerst worden beantwoord voordat tot schikken overgegaan wordt.

In de Dexia-zaak is dat niet goed gegaan. Allereerst is er de zogenaamde 'eega-lease' problematiek, dat wil zeggen de effectenleasecontracten waarbij de echtgenote niet had meegetekend en er wellicht een vernietiging ex art. 1:88 BW mogelijk was. In ongeveer 54.000 van de 700.000 contracten speelde dit punt. De Duisenberg-schikking ging uit van 100% kwijtschelding van de restschuld, terwijl bij vernietiging ongedaanmakingsverplichtingen zouden ontstaan die wellicht ook tot 100% restitutie van de inleg (met rente) zou kunnen leiden. Gezinnen die in het licht van de onzekerheid over de al dan niet toepasselijkheid van art. 1:88 BW niet kozen voor opt-out, waren gebonden aan de WCAM-schikking. Vervolgens kwam het arrest van de Hoge Raad waarin een einde werd gemaakt aan de onzekerheid en bleek dat art. 1:88 BW toepasselijk was en tot volledige ongedaanmaking verplichtte.²⁷ De uitstappers waren achteraf gezien dus beter uit.

In de tweede plaats lijkt het er op dat de overige consumenten onder de werking van de effectenlease-arresten van juni 2009 er in bepaalde opzichten beter en in andere opzichten slechter van afkomen dan onder de Duisenberg-regeling. Gezien de negen 'handreikingen' die de Hoge Raad in die arresten geeft (zie par. 3.2), is dat afhankelijk van een aantal concrete omstandigheden, maar het lijkt er op dat in een aantal gevallen de restschuld in beginsel 60% voor rekening van de aanbieder blijft en ook de betaalde inleg voor 60% teruggevorderd kan worden.

Als we alle varianten op een rij zetten, zien we veel variatie:

²⁶ Dat maakt dat een WCAM-schikking voor vergoeding van strooischade (daarover nader in hfdst. 10) naar verwachting niet snel gesloten zal worden; uitgesloten is het echter zeker niet. Vgl. Van Boom 2009, p. 180.

²⁷ HR 28 maart 2008, LJN BC2837, NJ 2009, 578, TvC 2008/6, p. 233 (*Dexia/echtpaar Van Tuijl-Brands*).

	Eega tekende niet mee	Overige gevallen
Commissie Oosting ²⁸	90% kwijtschelding rest-schuld, geen rentevergoeding	75% kwijtschelding restschuld
Duisenberg-schikking ²⁹	100% kwijtschelding rest-schuld, geen rentevergoeding	66,7% kwijtschelding restschuld, geen rentevergoeding
Rechtbank beslismodules ³⁰	Vernietiging art. 1:88, volledige restitutie	Vergoeding nadeel (kwijtschelding + rentevergoeding) in 4 categorieën
Hoge Raad ³¹	Vernietiging art. 1:88, volledige restitutie (ook van inleg)	Met inachtneming van concrete omstandigheden: in beginsel 60% vergoeding restschuld, in beginsel 60% vergoeding van inleg (tenzij genoeg draagkracht bij aankoop, dan 0% vergoeding) ³²

Achteraf is het makkelijk oordelen over de Duisenberg-schikking, maar een WCAM-schikking is nu eenmaal een beslissing in onzekerheid. Die onzekerheid moet geminimaliseerd worden. Over wezenlijke zaken moet onze hoogste rechter daarom niet het laatste woord, maar het eerste woord hebben. Om die reden valt het idee achter het idee achter het voorontwerp *Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*³³ zonder meer toe te juichen.³⁴ Deze wet zou bepalen dat een feitenrechter op verzoek of ambtshalve de Hoge Raad een rechtsvraag kan stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing, ‘indien een antwoord op deze vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen’. Rechtsvragen beantwoorden in een vroeg stadium geeft duidelijkheid aan partijen en gezien de

28 Vgl. Commissie Geschillen Aandelenlease 2004, p. 43 e.v.

29 WCAM schikking, te vinden op www.dexialease.nl, bindend verklaard door Hof Amsterdam 25 januari 2007, LJN AZ7033.

30 Over de beslismodules bijv. Huls en van Doorn 2007, p. 56-57.

31 HR 28 maart 2008, LJN BC2837, NJ 2009, 578, TvC 2008/6, p. 233 (*Dexia/echtpaar Van Tuijl-Brands*) resp. HR 5 juni 2009, LJN BH2811 (*Het Levob Hefboomeffect*), HR 5 juni 2009, LJN BH2815 (*Dexia KoersExtra*), HR 5 juni 2009, LJN BH2822 (*Aegon SprintPlan*), JA 2009, nr. 116-118.

32 Dit is uiteraard een heel korte weergave; zie voor de nuances en onzekerheden Pijls 2009, p. 250 e.v.

33 Voorontwerp Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in zaken van massaschade en andere massavorderingen (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad); zie <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/prejudiciële-vragen-aan-de-hoge-raad/>. Het voorontwerp is uitvoering van de voorstellen van Asser e.a. 2006, p. 151 e.v. en Hammerstein e.a. 2008, p. 50.

34 Enthousiast zijn ook Van den Reek en De Waal 2009, p. 281.

houding van de Hoge Raad sinds *World Online* kan de gegeven duidelijkheid ook informeel gezag van gewijsde hebben voor derden.³⁵

Over dit voorontwerp kan veel worden gezegd, maar ik beperk me tot een paar opmerkingen. Allereerst is het de vraag of een feitenrechter en partijen een zaak met potentiële collectieve implicaties altijd direct herkennen. Wel valt te verwachten dat juist 305a-belangenbehartigers op het stellen van prejudiciële vragen zullen aandringen. In de tweede plaats merk ik op dat de Hoge Raad als eerste aan het woord laten, alleen zoden aan de dijk zet als het met vaart gebeurt. De Hoge Raad dient mensen en middelen te hebben om onverwijd te beslissen en zo nodig verduidelijkende vragen.³⁶ Bovendien zullen belangrijke vragen in massaschadezaken zelden zuivere rechtsvragen zijn, maar veelal gemengde beslissingen. Of *World Online* en de banken een misleidend prospectus hebben opgesteld, of bij effectenleaseproducten een zorgplicht is geschonden: dat zijn geen zuivere rechtsvragen. Het voorontwerp gaat er vanuit dat de Hoge Raad zelf mag beslissen of hij antwoord wil geven op een gemengde prejudiciële vraag, en het is dus de vraag of de genoemde massaschade-zaken zich zouden lenen voor een prejudiciële vraag.³⁷

3.5 Legitimiteit, transparantie en verantwoording van 305a-vehikels

Waar het voorgaande vooral een juridische analyse betrof, wil ik in deze paragraaf aandacht vragen voor knelpunten die ontstaan door de praktische uitwerking van de collectieve actie van art. 3:305a BW op het gedrag van de betrokken ‘spelers’. Ons recht kent als het gaat om het vrijwillig consolideren van claims in een zogenaamd 305a-vehikel – een ad hoc opgerichte stichting of vereniging waarin belanghebbenden bijeengebracht worden om zodoende een betere onderhandelingspositie tegenover de veroorzaker te verwerven en om de obstakels van individueel procederen te omzeilen – bijzonder weinig regels. Er is dus, met andere woorden, sprake van een ongereguleerde markt van 305a-diensten.³⁸ Die markt lijkt ontdekt

³⁵ Het voorontwerp zelf lijkt geen bijzondere regeling te treffen voor de werking *erga omnes* van het antwoord op de prejudiciële vraag. Het voorontwerp bepaalt slechts dat de rechter die de vraag stelde (en de appelrechter) vervolgens beslist ‘met inachtneming van deze uitspraak’. Frenk en Wolffram-van Doorn 2009, p. 162-163 zien hier nog wel manoeuvreerruimte voor de feitenrechter én Hoge Raad om af te wijken.

³⁶ Terecht wijzen Van den Reek en De Waal 2009, p. 281 er op dat een ‘coördinerende instantie’ zinvol zou kunnen zijn, maar ik merk wel op dat te waken valt voor de stroperigheid die de Duitse *Kapitalanleger-MusterVerfahrensgesetz* (KapMuG) vertoont waar het gaat om het formuleren, afstemmen, voorleggen en bijstellen van de prejudiciële vraag. De KapMug biedt geen aantrekkelijk voorbeeld. Zie over de KapMuG nader par. 4.3.2.

³⁷ Vgl. hierover Frenk en Wolffram-van Doorn 2009, p. 158.

³⁸ Ik abstraheer van het gegeven dat een zekere mate van regulering in de regels voor stichtingen in Boek 2 BW is gegeven. De governance-structuur van stichtingen is namelijk zo flexibel dat zij weinig waarborgen biedt voor goede taakvervulling in het belang van aangesloten consumenten. Bij verenigingen is dat anders, maar verenigingen lijken dan ook minder te worden gebruikt in het ‘305a- business model’ van ondernemende ad hoc-organisaties.

te zijn, want momenteel schieten de 305a-vehikels als paddenstoelen uit de grond.³⁹

Om er maar een paar te noemen: Consumentenclaim, Loterijverlies, Stichting Foppolis, Stichting steunfonds probleemhypotheek, Stichting hypotheekleed, Vereniging payback, Stichting platform aandelenlease, beursklacht BV, Stichting DSBendeelden, en ga zo maar door.

Wat is nu het kenmerkende van die markt? In de algemene markt van consumentenorganisaties zijn slechts weinig spelers; met name de Consumentenbond, de Vereniging van Effectenbezitters, de Vereniging Eigen Huis, ROVER, ANWB en Stichting de Ombudsman zijn de grote en vertrouwde merken met reputatie. Wanneer gerenommeerde consumentenorganisaties hun naam verbinden aan een 305a-actie, kan dat fungeren als een kwaliteitskeurmerk dat vertrouwen wekt. Maar consumentenorganisaties willen niet altijd een leidende rol spelen bij het opzetten van collectieve acties, ook als deze bonafide zijn. Als er een ad hoc-vehikel is dat deze rol kan vervullen, heeft dat mogelijk de voorkeur. Een voordeel is dan bijvoorbeeld dat als de WCAM-schikking die wordt bereikt, niet goed ontvangen wordt, dat mogelijk geen direct reputatie-effect heeft voor de organisatie.⁴⁰ Zeker als de wonden vers zijn en consumenten eigenlijk niemand meer vertrouwen, kan er al snel een hype ontstaan tegen degenen die juist probeerden te helpen (het *Lakeman-effect*).⁴¹ De site www.consumentenbondleed.nl is dan snel geboren (tip voor consumentenorganisaties: registreer nu alvast de eigen domeinnaam waarin het woorddeel 'leed' toegevoegd is, www.vebleed.nl, www.consumentenbondleed.nl, et cetera ...).

Naast de algemene markt van consumentenorganisaties is er kennelijk een markt voor ad hoc 305a-vehikels, die soms door benadeelde consumenten zelf gedreven worden en soms door ondernemers. Met name het gebruik van stand-alone stichtingen kan er op duiden dat eerder sprake is van *entrepreneurial lawyering* dan van zelf-georganiseerde solidariteit. Het is die markt die het risico in zich draagt om wat Akerlof een *market for lemons* noemt, te worden. Een dergelijke markt doet zich voor als de afnemers van het product het verschil niet kunnen zien tussen goede en slechte producten. In dat geval zal de consument voor zijn keuze aanknopen bij de gemiddelde prijs van producten als belangrijkste kwaliteitsindicator. Stel dat er een aantal 305a-stichtingen concurreren om zoveel mogelijk consumenten aangesloten te krijgen, terwijl die consumenten niets weten over over de kwaliteit van de dienstverlening (bijv. hun winstkansen bij de verschillende stichtingen, de kosten die de stichting in rekening brengt, de reputatie en

39 Frenk 1994, p. 121, voorzag destijds weinig problemen met de open categorie in art. 3:305a BW. Ook bij de parlementaire behandeling werd niet de stichting maar juist de informele vereniging als potentieel problematisch gezien (Frenk 2003, p. 1437). Vgl. over de nadere eisen te stellen aan representativiteit Snijders 2001, p. 508-509, waartegen Frenk 2003, p. 1438 e.v.

40 Mogelijk spelen andere overwegingen zoals 'outsourcing' en indammen van aansprakelijkheidsrisico's ook een rol.

41 Zie bijv. 'Schadeclaim tegen Lakeman in voorbereiding'; *Volkskrant* 13 oktober 2009.

track record⁴² van de initiatiefnemers). In dat geval zal hun beslissing om zich aan te sluiten bij de ene of de andere stichting vooral ingegeven zijn door de directe kosten die daaraan zijn verbonden, of – erger – door de indringendheid van de marketingstrategie van deze of gene stichting. Een ad hoc-vehikel heeft geen reputatie, kan de kwaliteit van de diensten niet laten zien en een slechte ervaring van een consument met zo'n vehikel kan niet tot verbetering van de dienst leiden omdat de dienst eenmalig is. Stemmen met de voeten zoals in een perfecte competitie zou kunnen, is dus maar beperkt mogelijk.

Markten voor onstoffelijke dienstverlening door 305a-vehikels die niet het keurmerk van een gerenommeerde belangenorganisatie dragen, lopen daarom het inherente risico om een 'market for lemons' te worden. Dat geldt te meer als het diensten betreft die men niet dagelijks afneemt, waar vergelijking tussen alternatieven moeilijk is en die door sentimenten gedreven wordt. Het gevolg is dat het voor concurrenten in deze 305a-markt zinloos is om uitstekende en dus duurdere 'producten' op de markt te brengen, omdat de consument vooral naar de prijs zal kijken en de duurdere producten niet als kwalitatief beter zal herkennen. Op die manier worden goede producten van de markt gedreven en blijven er 'lemons' over.

Om het 'market for lemons' risico te voorkomen, moet men – zo zegt de economische theorie – ertoe overgaan om de kwaliteit van het product te reguleren. Dat kan op ten minste twee manieren: ofwel het verspreiden van informatie over kwaliteitsindicatoren ofwel het reguleren van de toegang tot de markt.⁴³ Dat laatste is wat veel andere landen doen: alleen van tevoren aangewezen organisaties mét bewezen reputatie mogen zich als belangenbehartiger van consumenten bewegen op de markt.⁴⁴ Op zichzelf kan het beperken van de toegang tot de markt van 305a-vehikels inderdaad een kwaliteitsverhogende maatregel zijn, maar er kleven ook nadelen aan. Zoals hiervoor geschetst, zijn gerenommeerde organisaties wellicht minder snel geneigd om risico's te nemen en hun naam te verbinden aan een onzekere rechtszaak waar zoveel belangen op het spel staan. Als dat juist is, zou het beperken van de toegang tot de markt van 305a-vehikels ertoe kunnen leiden dat er minder collectieve acties in Nederland opgestart zouden worden dan maatschappelijk optimaal is, want 'wie niet waagt die niet wint'. Bovendien hebben die gerenommeerde organisaties in ons land niet of nauwelijks de beschikking over de relatief riant overheidssubsidies die in sommige andere landen wel wordt uitgedeeld. Daarmee zijn hun financieringsmogelijkheden voor het opzetten van collectieve acties beperkt, zullen zij dus wel financiële bijdragen moeten vragen aan de betrokken consumenten en maken zij zich dus nog sneller kwetsbaar voor negatieve sentimenten ('ik heb er voor betaald en verwacht dus resultaat').

42 En zelfs als wordt geadverteerd met track record ('In de Dexia-affaire hebben wij meer dan 95% van de procedures gewonnen') is het de vraag: wie is in staat om de juistheid van die beweringen te verifiëren?

43 Ik laat even daar dat er *in theorie* bij 305a-vehikels strikt genomen tot op zekere hoogte ook beoordeling van de kwaliteit van het werk achteraf mogelijk is door middel van de regels van Boek 2 BW.

44 Verwijzingen in nt. 29 en 30 op p. 184; Hodges 2007, p. 117.

Strengere toegangseisen hebben daarom waarschijnlijk ook nadelen. Wellicht dat het daarom beter is om te onderzoeken welke milde vormen van toezicht op de 305a-markt mogelijk zouden kunnen zijn. Als gezegd is informatie van belang. In welke zin is informatie en gebrek aan transparantie problematisch? Allereerst kan worden gezegd dat een belangrijk deel van de diensten in de 305a-markt het voeren van onderhandelingen betreft met de veroorzaker. Die vinden om begrijpelijke redenen in beslotenheid plaats – de veroorzaker hangt de vuile was liever niet buiten. Die beslotenheid maakt controleerbaarheid voor de achterban moeilijk. Bij een WCAM-schikking wordt het eindresultaat nog onderworpen aan gerechtelijke toets, maar partijen zijn niet verplicht om de WCAM-procedure te doorlopen en als zij er op gokken dat consumenten niet ‘uitstappen’ is er geen institutionele waarborg voor kwaliteit.⁴⁵

Een persoonlijk voorbeeld. Ik heb een aantal kleine beleggingsverzekeringen. Ik ben hopelijk niet de enige die ze aankocht zonder goed te letten op de constructie van die producten en de voorwaarden, en die ook achteraf aan de voorwaarden niet kan zien hoeveel die vriendelijke tussenpersoon (die gewoon een front office van de verzekeraar bleek te zijn) aan commissie heeft gekregen. Ik schrok behoorlijk toen ik onlangs zag wat dat gesprek van een uurtje mij nog jaarlijks kost. Ook nu ik met wat meer aandacht de voorwaarden van de destijds aangekochte producten bestudeer, moet ik concluderen dat ze onduidelijk zijn geformuleerd, grote discretie overlaten aan de verzekeraar en de naamstelling bovendien nog al eens ten onrechte het woorddeel ‘spaar’ bevatte (zodat ik zelfs – ik durf het bijna niet toe te geven – in de veronderstelling verkeerde dat ik voor mijn kinderen *spaarde*).⁴⁶ Er zit in mijn pakket zelfs een lijfrente waarvan ik jaren niet heb geweten dat ik de betaalde premie fiscaal kon aftrekken. Dit alles zegt over mij dat ik lui en ongeïnteresseerd ben (was?) als het om sparen en beleggen gaat, dat ik te veel vertrouwde op die vriendelijke tussenpersoon en mij nooit heb afgevraagd wat de aard van de verzekering is, wat de functie van tussenpersonen is, hoe ze betaald worden en wat ze drijft. En alles wat het over mij zegt, bepaalt ook waar verzekeringsmaatschappijen en hun marketingstrategie mee weg konden komen.

Dit is al erg genoeg, maar gelukkig worden – als ik het goed zie – mijn belangen nu beter behartigd door mediawaakhonden, politiek en een schuldbewuste verzekeringsbranche. Zoals bekend is er maatschappelijke druk ontstaan om meer transparantie te betrachten wat betreft de kosten van (o.a.) de tussenpersoon bij beleggingsverzekeringen. Er kwamen aanbevelingen, rapporten en goede beloftes om de in rekening gebrachte bedragen deels terug te ploegen naar het product

⁴⁵ Vgl. Tzankova en Frenk 2009, p. 18.

⁴⁶ Een vordering wegens misleidende mededelingen zal wel kansloos zijn; ik had – als ik de Hoge Raad in zijn aandelenlease-arresten moet geloven – minder hebberig moeten zijn en gewoon als gemiddeld voorzichtige consument de voorwaarden (beter) moeten lezen. Zou dat ook gelden voor de armen en ongeletterden, de aanzienlijke groep van ondergemiddelde consumenten die dergelijke producten kochten?

zelf.⁴⁷ Maar wie *vertegenwoordigt mij* nu eigenlijk in dit verhaal? Er is geen monopolie op vertegenwoordiging, en er zijn dus verschillende instanties en organisaties die zich ook in mijn belang in deze zaak mengen.

Het leek mij beter om actiever te zijn dan in mij luie aankoopperiode. Ik heb mij daarom tegen inleggeld aangesloten bij een stichting, om zo van dichterbij te zien hoe dat gaat. Maar een stichting heeft geen ledenvergadering en zelfs communiceren met de leiding is onmogelijk. Het bestuur bestaat kennelijk uit een advocaat, een ICT-er en een financieel deskundige. Wat zij verdienen, of ze iets verdienen, hoe hun beloning werkt en welke afspraken zij met mijn verzekeraar daarover hebben getroffen, weet ik niet. Sterker nog: deze stichting antwoordde ook niet op mijn schriftelijke verzoek om mij de schikking die zij kennelijk hadden bereikt met de verzekeraar waar ik mijn producten van had gekocht, te laten inzien.⁴⁸ Ik moet afgaan op algemeenheden in nieuwsbrieven en media. U ziet: ik heb geprobeerd om mijn luiheid aan het begin van de rit om te zetten in daadkracht, maar ver kwam ik niet.

Ik weet dus dát er een schikking is getroffen en dat die schikking tot het aanbod van de verzekeraar tot aanpassing van mijn overeenkomst leiden zal (ik moet nog even wachten, schreef de verzekeraar onlangs). De schikking wordt niet als WCAM-schikking vormgegeven, dus er is ook geen rechter die er naar kijkt. Ik zal er ongetwijfeld op vooruit gaan en dus zal ik dat aanbod vermoedelijk aanvaarden (het kan namelijk niet slechter worden dan het nu is, toch?). Natuurlijk ga ik niet individueel procederen; de beleggingspolissen zijn relatief onbetekenend en dwarsliggen kost te veel geld en tijd. Bovendien weet de verzekeraar veel meer van het product dan ik (dat is gebleken, zou ik denken) en weet de verzekeraar of er nog anderen procederen en wat de uitkomst daarvan is. Deze zaak is kortom te groot voor mij als individu en ik kan de redelijkheid van de in mijn belang bereikte schikking niet toetsen. Een goede waarborg dat mijn belangen worden gediend is er dus niet. Het is dus te hopen dat ofwel de berekeningen van Ombudsman financiële dienstverlening, Wabeke, inderdaad redelijk en billijk zijn, ofwel er een consument is die wél met grote financiële problemen zit en die de moeite neemt om te gaan procederen zodat ik kan *freeriden* op zijn procedure.

Wellicht is het eenvoudig om een procedure mogelijk te maken waarbij het Hof Amsterdam op verzoek van een individuele belanghebbende (of een toezichthouder, of een nieuw 305a-vehikel dat individuen samenbrengt?) en op kosten van de schikkende partijen onverwijld een WCAM-achtige redelijkheidstoets uitvoert en de redelijkheid van de schikking onderzoekt?⁴⁹ Dan heeft in elk geval een onafhankelijke rechter zijn oordeel gegeven over de kwaliteit van de schikking en kunnen consumenten (c.q. een nieuw 305a-vehikel dat ons samenbrengt) vervolgens

47 De rechtsgeleerde literatuur hierover is verdacht schaars. Ik verwijs dus in arren moede maar naar mijzelf: Van Boom 2008*, p. 61.

48 Mijn schriftelijke verzoek dateert van 30 september 2008. Uit een bericht d.d. 4 december 2009 ('Consumentencclaim ziet complot achter woekerpolisschikkingen') op www.massaschades.nl leid ik af dat de tekst van het akkoord inmiddels op internet gezet zou zijn. Ik heb de tekst niet kunnen vinden.

49 Een vergelijkbare suggestie doet Kroeze 2007, p. 86, m.n. nt. 39.

alsnog beslissen of zij zich neerleggen bij de schikking of niet. Het zou in die zin ook de kwaliteit van de schikking ten goede kunnen komen dat in het licht (liever dan in de schaduw) van het recht onderhandeld wordt.

Natuurlijk ben ik mij er van bewust dat er allerlei juridische en praktische haken en ogen zitten aan het toekennen van een bevoegdheid aan individuen om in het belang van een collectief aan de rechter te verzoeken een rechtsverhouding tussen derden te toetsen. Vermoedelijk zit de rechterlijke macht ook niet te wachten op een dergelijke taak.

Een van de onderliggende kwesties is dat naar geldend recht de vordering van een verbod, gebod of verklaring voor recht kan afketsen als de individuele eiser geen rechtens relevant belang heeft bij de vordering.⁵⁰ In het verlengde daarvan lijkt het onwaarschijnlijk dat een individu dat geen enkel eigen belang heeft bij een dergelijk verzoek, rechterlijk gehoor vinden zal.⁵¹ Indien de civiele rechter bereid zou zijn om het belangvereiste van art. 3:303 BW zo uit te leggen dat ook zelfbenoemde zaakwaarnemers ontvankelijk zouden kunnen zijn, dan zou dat anders liggen.⁵² Ook daarop zit de rechterlijke macht vermoedelijk niet te wachten. Meer in overeenstemming met onze rechtscultuur is het om toe te staan dat een verzameling van personen – zoals in een vereniging – gezamenlijk en al ‘polderend’ opkomen voor een collectief belang.

Problemen van transparantie zijn er ook in andere zin. Vaak betekent onderhandelen over een schikking (of algemener: uitnodigen om het verhaal aan te horen) ook dat de veroorzaker moet weten of het 305a-vehikel dat zich belangenbehartiger noemt, dat ook daadwerkelijk is. In de failliete boedel van DSB doet zich bijvoorbeeld het probleem voor dat curatoren met tal van 305a-vehikels worden geconfronteerd.⁵³ Voor hen is van belang om te weten of diegenen die zich melden als belan-

50 HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Jeffrey*). Algemeen over art. 3:303 BW, zie bijv. van Nispen 2003, p. 25 e.v.

51 Dezelfde beperking speelt n.m.m. bij handhaving door handelaren van regels die slechts consumenten beogen te beschermen; als niet tegelijk ook onrechtmatig jegens de betreffende handelaar wordt gehandeld c.q. deze niet ook in een eigen belang wordt getroffen, heeft hij onvoldoende belang in de zin van art. 3:303 BW. Willekeurige handelaren kunnen niet zomaar een actie aanvangen wegens onrechtmatig gedrag tegenover consumenten, zij kunnen optreden als handhaver indien zij zelf een rechtens relevant belang bij naleving hebben. Dat is wat ik trachtte uit te drukken in de passage (Van Boom 2008, p. 18) waar Verkade 2009, p. 82 zich tegen verzet. Mahé 2009, p. 187 schaaft zich achter Verkade. Ook als men met Mahé aanneemt (zie de verwijzing, t.a.p., p. 184, naar de opmerkingen in de parlementaire geschiedenis van de Wet OHP; *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 5) dat art. 6:194 BW ook van toepassing is bij reclame gericht op consumenten, dan nog kan ik mij niet voorstellen dat op art. 6:194 BW geen relativiteitsverste van toepassing zou zijn. Art. 6:194 BW houdt toch niet in dat een autoreclame waarin ten onrechte beweerd wordt dat de betreffende auto 200 km/u kan rijden, onrechtmatig is tegenover – laten we zeggen – de bakker op de hoek? Als juist is dat art. 6:194 BW ook de mogelijkheid creëert dat ondernemers optreden tegen misleidende B2C-reclame, dan zou het artikel naar gangbare opvattingen toch als volgt gelezen moeten worden: ‘Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is en die ander belang heeft bij het uitblijven van deze misleidende mededelingen.’ Ik zou het overigens best spannend vinden als de bakker op de hoek als *bounty hunter* handhavend op mocht treden tegen de autobranche, maar dat zullen maar weinigen een verstandig idee vinden. Zie bijv. terughoudend Hartlief 2007, p. 915, en dezelfde (nog steeds terughoudend), Hartlief 2009, p. 1553.

52 Afgezien van 305a-vehikels die als zelfbenoemde zaakwaarnemers optreden, want daar speelt de 303-problematiek minder sterk. Vgl. HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (*Consumentenbond/EnergieNed en VEWIN*), r.o. 4.2.

53 ‘Groot aantal stichtingen behartigt belangen van DSB-gedupeerden’; *NRC Handelsblad* 5 januari 2010.

genbehartiger ook werkelijk een achterban hebben. Het kan natuurlijk zijn dat ze helemaal geen achterban hebben en met bluff proberen een schikking te bereiken om vervolgens die achterban naar zich toe te trekken. Hoe komt een curator daar achter? Art. 3:305a lid 2 BW, stelt alleen dat het vehikel verplicht is om te onderhandelen,⁵⁴ maar bepaalt niets over de plicht van het vehikel om – wanneer het wil onderhandelen over schadevergoeding ten behoeve van concrete consumenten – de identiteit van deze personen prijs te geven. Hoe concreter identificeerbaar de groep van personen is waar het om gaat, des te meer die plicht tot transparantie noodzaak wordt.⁵⁵ Als er 100 concreet te identificeren benadeelden zijn en er dringen zich drie vehikels op aan de veroorzaker om te onderhandelen, dan heeft deze laatste recht op duidelijkheid. Het moet geen ‘wie van de drie’ worden; onderhandelen met de kaarten tegen de borst lijkt me minder wenselijk.⁵⁶ Bovendien is onderhandelen over een schikking moeilijk voor te stellen als een ‘competitie’ waarbij verschillende 305a-vehikels strijden om de beste *deal*.⁵⁷ Misschien moet bij toenemende competitie tussen private belangenorganisaties in hun acties uit art. 3:305a BW en art. 7:907 BW op enig moment zelfs noodzakelijk worden dat de rechter bij wijze van ordemaatregel voorrang toekent aan de ene organisatie boven de andere. Een ‘Dutch class action’ ligt dan in het verschiet (althans wat vertegenwoordiging van de ‘class’ betreft).

Een derde probleem van transparantie betreft de kennis van consumenten over hoe collectieve acties juridisch werken.⁵⁸ Een voorbeeld. Uit de website www.loterijverlies.nl leid ik het volgende af. Stichting Loterijverlies en Loterijverlies BV zijn een procedure gestart tegen de Staatsloterij. De vordering is gebaseerd op misleiding van deelnemers aan de Staatsloterij, voornamelijk gelegen in de reclame-uiting die onlangs door de RCC als misleidend is beoordeeld,⁵⁹ maar ook gelegen in het beweerde algemene en langdurige beleid van de Staatsloterij om te weinig prijzengeld uit te keren. Consumenten die hebben meegespeeld met de Staatsloterij tussen 2000 en 2007 en die dat nog kunnen bewijzen, kunnen ‘deelnemen’ aan de BV. Deelname houdt onder andere in dat de consument aan de BV het recht geeft zijn zaak te behartigen, in zijn naam te procederen en te schikken voor een bedrag dat

54 Over die onderhandelingsplicht vooral Snijders 2000, p. 853 e.v.

55 Vgl. de beschouwingen bij Snijders 2001, p. 504 e.v.

56 De wel geuite angst van vertegenwoordigers dat het prijsgeven van de identiteit van individuele belanghebbenden ertoe leidt dat ze direct besprongen worden met tegenvordering, vexatoire beslagen en dergelijke, lijkt me lang niet altijd irreëel. Wat mij betreft is het tijd voor de introductie van de mogelijkheid van rechterlijk ingrijpen met de *civil restraint order*.

57 Het lijkt er op dat de 305a-vehikels in toenemende mate energie steken in het markeren van het werkterrein, bijv. door de achterban te waarschuwen wie wel en niet tot de kring van het betreffende 350a-vehikel behoort. Zie bijv. Nieuwsbrief nr. 6 d.d. 2 september 2009 van Stichting Hypotheekleed, p. 6: ‘Wij wijzen u er op dat Hypotheekleed geen enkele binding heeft met FC&S, Jelle Hendrickx, DSB-ramp en Stichting Steunfonds Probleemhypotheek. Zij kunnen geen van allen Hypotheekleed vertegenwoordigen.’

58 Zie over kennis van consumenten over hun rechten in het algemeen bijv. TNS Nipo 2008, p. 19 e.v.; vgl. ook over kennis, attitude, claimbereidheid in Europees vergelijkend perspectief European Commission 2009*, p. 24 e.v. Het lijkt er op dat Nederlandse consumenten relatief goed ingelicht zijn.

59 RCC 13 augustus 2009, dossier 2009/00576A (X/Nederlandse Staatsloterij).

de BV redelijk acht. Deelname kost inschrijfgeld en als de procedure gewonnen wordt, gaat 15% van de opbrengst naar de belangenbehartiger. Kosten van deelname zijn € 25 bij deelname met één lot, per extra lot € 10. Wanneer er een bedrag in geld aan gedupeerden wordt uitgekeerd, wordt er 15% in rekening gebracht. De constructie is dus deels gebaseerd op contingency fee, maar dan gecombineerd met een lump sum inlegbetaling.

Om als consument te kunnen vaststellen of betaling van € 25 of meer een verstandige investering is, moet men nu de beschikking hebben over min of meer objectieve informatie over de vraag of de Staatsloterij toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Die informatie is er nog niet en dus moet men inschatten hoe groot de kans daarop is én of het individueel betalen van € 25 noodzakelijk is om een antwoord op die vraag te krijgen. Zo niet, dan is de rechterlijke uitspraak over de aansprakelijkheid een ‘publiek goed’ en is het rationeler om niets in te leggen en gewoon af te wachten. Rationele beslissing van consumenten zal dus vermoedelijk zijn om in het geheel niet deel te nemen aan Loterijverlies, te wachten op een *free ride* en hopen dat de Staatsloterij een mooie *coupon settlement* aan alle deelnemers van de Staatsloterij aanbiedt. Dan heeft men niets ingelegd en houdt men toch winstkansen. Als dat juist is, zou het betekenen dat iedere consument die nu wél deelneemt aan Loterijverlies, dat doet uit minder rationele motieven – zoals geschaad zelfbeeld, boosheid over het zoveelste voorbeeld van zelfverrijking van de hoge heren (en dame waar het de directie van Staatsloterij betreft), gevoel van solidariteit en/of algehele hypevorming in de media – of omdat hij niet weet dat het voor het doen gelden van een recht op schadevergoeding helemaal niet nodig is dat men zich aansluit bij het 305a-vehikel. Wellicht weten deze consumenten niet dat zij een *free ride* kunnen nemen en denken zij dat zij hun kansen op vergoeding verspelen als zij nu geen € 25 inleggen? Ik sluit niet uit dat deze laatste factor, informatieasymmetrie, een belangrijke motor is voor de opkomst van 305a-vehikels.

Stel nu het volgende (let wel: ik heb geen enkele informatie om te veronderstellen dat dit bij Loterijverlies het geval is – mijn voorbeeld is vanaf hier volstrekt fictief). In de casus is er een stichting en een BV. De aandeelhouders en bestuurders van de BV zijn tevens bestuurder van de stichting. De stichting maakt een 305a-actie aanhangig waarin verklaring voor recht wordt gevorderd inhoudende dat de veroorzaker van de beweerdelijke schade in bepaalde opzichten onrechtmatig heeft gehandeld dan wel wanprestatie heeft gepleegd tegenover de betreffende consumenten. De BV procedeert niet, want die is geen 305a-vehikel.⁶⁰ Als de procedure wordt gewonnen, vordert vervolgens de BV als gevolmachtigde van de aangesloten benadeelden schadevergoeding en probeert zij een schikking te treffen, met als doel dat de schadevergoeding in de BV terecht komt, 85% wordt uitgekeerd en 15% na aftrek van verdere kosten bij de aandeelhouders terecht komt. Tot zover

60 De BV en stichting zijn hier wel beide nodig: de collectieve actie van art. 3:305a BW kan alleen door de stichting worden gevoerd terwijl de BV nodig is om de winst van de *contingency fee* afspraak bij de aandeelhouders van de BV te laten komen.

het contingency fee-gedeelte. Ik merk op dat in mijn casus benadeelden er niet op worden gewezen dat zij, indien de stichting de zaak zou winnen, wellicht rechtstreeks vergoeding van de aangesprokene zouden kunnen verkrijgen zonder aftrek van 15% en dat de aangesprokene mogelijk 100% zal aanbieden aan niet-aangesloten benadeelden.

Voordat het zo ver is, moet de zaak eerst worden gewonnen door de stichting. Als het niet verloopt zoals gepland, verliest de stichting. De kosten van verliezen bestaan uit twee componenten, te weten een vaste voorspelbare component (de proceskostenveroordeling en griffiegelden, bedrag X) en een in een gewone situatie voor 'one-shot player' cliënten onvoorspelbare component (de eigen proceskosten, bedrag Y). Stel vervolgens dat de stichting en BV als repeat player door ervaring ongeveer kunnen inschatten wat de eigen advocaat in rekening zal brengen in zaken als deze. De stichting die zal gaan procederen, telt de bedragen X en Y bij elkaar op. Daarmee is dus grofweg het maximum aan kosten dat de stichting zal moeten maken, bekend. Om het financiële risico van verlies te beperken, kan de stichting in algemene voorwaarden waar de aangesloten zich aan binden, bepalen dat de collectieve actie (onder teruggave van het inschrijfgeld minus gemaakte administratieve kosten) geen doorgang vindt als onvoldoende inschrijvingen hebben plaatsgevonden.

Per saldo zou deze constructie van een stichting en een BV een combinatie opleveren van contingency fee én vooruitbetaling van de kosten van het verliezen van de procedure, waarbij de financiële risico's van verliezen afgedekt zijn en de aangesloten consumenten bij winst 15% inleveren. Ik wil niet beweren dat dit niet in de haak zou zijn,⁶¹ maar wel dat consumenten zich niet realiseren wat hier gebeurt. Daar komt bij dat als inderdaad verklaring voor recht wordt gegeven dat een veroorzaker als Staatsloterij inderdaad onrechtmatig heeft gehandeld tegenover consumenten, een eventuele vrijwillige schikking of *cy-près* genoegdoening⁶² waarschijnlijk opengesteld wordt voor iedereen die kan bewijzen benadeelde te zijn – ongeacht of zij aangesloten zijn bij de BV of niet. De rationele *free rider* steekt dan niet 85% maar 100% vergoeding in zijn zak. Weten consumenten die zich aansluiten, dat wel?

Gebrek aan kennis van consumenten over het ontbreken van de noodzaak om zich aan te melden bij het 305a-vehikel, heeft dus een bepaalde dynamiek in de markt tot gevolg. Op zichzelf is dat gebrek aan kennis misschien zo slecht nog niet, omdat het 'één voor allen, allen voor één' gevoel en een bescheiden inleg de wél noodzakelijke financiering van de primaire 305a-acties zoals verklaring voor

61 Hoewel het natuurlijk wel wat wonderlijk is dat het (in beginsel) niet is toegestaan om een advocaat, een belangenbehartiger die men uitdrukkelijk uitkiest, op basis van *contingency fee* opdracht te geven terwijl dat wel is toegestaan aan niet-advocaten die zichzelf opwerpen als belangenbehartiger.

62 *Cy-près* is een van origine franse term in de common law die 'zo dicht als mogelijk in de buurt van' uitdrukt: een schadevergoeding die *cy-près* is, is niet gelijk aan *restitutio in integrum* maar komt er in de buurt en probeert zo goed en zo kwaad als het kan, de schade te herstellen althans genoegdoening te verlenen. De term is vooral opgekomen bij schenking en trust (wat als het doel van de schenking of trust niet meer kan worden bereikt?), maar de idee is ook bij *class actions* ingeburgerd geraakt. Zie Mulheron 2006, p. 215 e.v.

recht mogelijk maakt. Aan de andere kant betekent het wel dat consumenten mogelijk beslissingen nemen die zij met volledige kennis niet zouden hebben genomen. Dat is met name voor wat betreft het bedingen van een (additionele!) *contingency fee* toch wel relevant. Wellicht moet worden gedacht aan een transparantieverklaring die 305a-vehikels moeten voeren: ‘Pas op! Aansluiting bij deze actie is juridisch gezien niet strikt noodzakelijk om straks uw eventuele aanspraken uit een collectieve schikking geldend te maken.’

Ik kom tot een afronding van dit onderdeel. Als we iets langer nadenken over de markt voor 305a-vehikels, dan moeten we vaststellen dat deze markt het risico in zich draagt waarvan vaak gezegd wordt dat dat juist kleef aan de *class action* in de Verenigde Staten, namelijk dat de ondernemer (de *class action* advocaat van lead plaintiff) zijn eigen belangen nastreeft zonder dat die belangen noodzakelijkerwijs convergeren met die van de achterban en dat bijvoorbeeld een *sweetheart settlement* gesloten wordt. In de huidige 305a-markt is dat risico eigenlijk nog prominenter aanwezig dan in de Verenigde Staten, omdat daar een rechter nog toezicht houdt op de *class action* advocaat.⁶³ In de 305a-markt is dat toezicht er niet en staat niets er aan in de weg dat een schikking buiten de WCAM blijft. Dan bepaalt vooral de kritische zin van individuele consumenten dan wel informeel toezicht door politiek, gerenommeerde consumentenorganisaties en mediawaakhonden of zij zich neerleggen bij het resultaat dat die ad hoc belangenbehartiger heeft bereikt. Dat kan genoeg zijn, maar het is weinig waarborg voor een goede afloop. En zo kan achteraf blijken dat die aardige ad hoc belangenbehartiger volgens dezelfde economische wetten van *agency* opereert als die van toepassing zijn op het intermediair bij beleggingsverzekeringen.⁶⁴ Als er iets is dat de tussenpersonenproblematiek heeft getoond dan is het dat transparantie van beloning een minimumeis is voor het goed functioneren van een markt.⁶⁵

Ik concludeer dat de kracht van art. 3:305a BW tegelijk ook de valkuil is: de vrije markt van 305a-vehikels is relatief ongereguleerd en draagt kenmerken in zich van een ‘market for lemons’. Als ik een voorspelling mag doen: deze markt van *claims management bureaus* zal binnen afzienbare tijd op een of andere manier nader gereguleerd worden.⁶⁶ Misschien is het stellen van governance-eisen aan een 305a-stichtingen of het vervangen van het woord ‘stichting’ in art. 3:305a BW door ‘stichting maatschappelijke onderneming’ een wenkend perspectief?⁶⁷

⁶³ Vgl. Tzankova 2007*, p. 286.

⁶⁴ Het ‘*principal-agent*’ probleem bij dienstverlening houdt kort gezegd in dat de dienstverlener (*agent*) betere informatie heeft over de kwaliteit van zijn werk dan de opdrachtgever (*principal*) zodat deze laatste niet of nauwelijks weten kan of de agent wel in het belang van de *principal* handelt of juist alleen zijn eigen (financiële) belangen nastreeft. Hierover bijv. Shavell 1997, p. 575 e.v.; Cafaggi en Micklitz 2008, p. 401; Collins 1999, p. 236. Vgl. ook Visscher 2009, p. 73 e.v.

⁶⁵ Vgl. over beloning en transparantie bijv. Scheltema en Scheltema 2009, p. 39-40.

⁶⁶ Engeland ging ons in bepaalde opzichten voor; zie de Compensation Act 2006.

⁶⁷ Zie het Wetsvoorstel 32 003 (Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming). Zie over governance van NGOs in consumentenzaken vooral Edwards 2006, p. 20 e.v.

4 Problematiek van bagatel- en strooischade

4.1 Bepaling van het probleemveld

Bagatelschade, dat wil zeggen schade van individuele consumenten die zo klein is dat ze het in economische termen niet waard is om er over te klagen laat staan er een procedure over te beginnen, levert een bijzonder probleem op van handhaving in het consumentenrecht.¹ In de eerste plaats levert het een probleem van individuele handhaving op, waarover Loos in zijn preadvies schrijft. Natuurlijk zijn kosten (in termen van tijd, frustratie, geld) van klagen en procederen een obstakel voor handhaving door individuele consumenten, zeker als ze niet bereid zijn om uit principe of frustratie meer geld te steken in het probleem dan er uit kan komen.² Is het erg vanuit een maatschappelijk oogpunt erg dat op deze manier bagatelschades onvergoed blijven? Vanuit oogpunt collectieve van genoegdoening van consumenten kan het inderdaad erg zijn, en dat geldt zeker als het gevolg is dat ondernemers zich niets gelegen laten liggen aan de onderliggende materiële regels. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als bagatelschade ook *strooischade* is: een bagatelschade die geleden wordt door meerdere individuen afzonderlijk als gevolg van wanprestatie of onrechtmatige daad van een veroorzaker die op die wijze veel individuen licht benadeelt en daarmee de schade uitstrooit over (delen van) de maatschappij.³

Bagatelschade en strooischade hebben geen vastomlijnde inhoud. De context bepaalt namelijk of van een bagatel gesproken kan worden. Ik geef een aantal voorbeelden.⁴ Een telecomaانبieder rondt rekeningen af met een paar cent teveel in haar voordeel; een energimaatschappij blijft doorgaan met automatische incasso

¹ Over deze problematiek is voor ons land uiteraard in de eerste plaats te verwijzen naar Tzankova 2005. Specifiek voor strooischade bij inbreuk op het mededingingsrecht zie men Zippro 2009, p. 485 e.v. Zie eerder bijv. al Bauw 1995, p. 622 e.v.; Frenk 2003, p. 1416 en p. 1460 e.v., die de term 'individually non-recoverable claim' gebruiken. Eigenlijk moet daarbinnen nog onderscheid worden gemaakt – zie ook de hoofdtekst hierna – tussen bagatelschade die op individueel niveau juridisch gesproken wel tot een claim leidt en bagatelschade die juridisch geen schade in de zin van afd. 6.1.10 BW oplevert.

² Over afweging van kosten en baten van het bestrijden van strooischade bijv. Shavell 1982, p. 333 e.v.; Shavell 1985, p. 1231 e.v.; Shavell 1993, p. 255 e.v.

³ Engels onderzoek laat bijv. zien dat van de 26,5 miljoen jaarlijkse gevallen van consumentenklachten waar schade werd geleden door de consument, 55% van die gevallen schade van minder dan GBP 5 betrof terwijl slechts 4% van die gevallen tot schade van meer dan GBP 1000 leidde. Zie Office of Fair Trading 2008, p. 4-6; Department for Business Innovation & Skills 2009, p. 67.

⁴ Zie reeds Bauw 1995, p. 624.

ook nadat het energiecontract beëindigd is; een bedrijf stelt eenzijdig het betalen van crediteuren uit met een extra dag;⁵ een ziektekostenverzekeraar brengt per maand een paar euro te veel in rekening;⁶ een handelaar beweegt consumenten door oneerlijke handelspraktijk tot een aankoop tegen een relatief klein bedrag; een horizontaal kartel maakt dat consumenten elk een iets hogere prijs voor hun product betalen dan zonder het kartel betaald had moeten worden; een onderneming gebruikt onereuze algemene voorwaarden terwijl zij weet dat deze niet zijn toegestaan; een internet-serviceprovider realiseert gemiddeld de helft van de beloofde snelheid;⁷ een bedrijf laat klanten met opzet wat langer in de telefonische wachtrij staan zodat belminuten geïncasseerd kunnen worden.

Over deze nogal uiteenlopende voorbeelden kan het nodige worden gezegd. Allereerst moet u als civilist bij uzelf te rade gaan: bekijkt u deze zaken met een BW-bril op? Vanuit het burgerlijk recht bekeken, staat in casus als deze de vraag centraal of het individu schade in vermogensrechtelijke zin heeft geleden, of er een tekortkoming is, of de individuele tekortkoming ernstig genoeg is om de ontbinding of opschorting te rechtvaardigen, et cetera. Soms leidt dat tot de conclusie dat individuen inderdaad een individueel recht kunnen doen gelden, en soms ook niet. En voor de categorie van gevallen waarin dat wel kan, is dan vervolgens de vraag of bij strooischade een collectieve oplossing moet worden gezocht nu elk van de individuen wel een individueel recht heeft maar dit nalaat omdat de kosten van het uitoefenen niet opwegen tegen de te verwachten baten. Het is echter de vraag of die blik van achter de BW-bril de juiste categorie gevallen in beeld brengt.⁸ Als bijvoorbeeld de responstijd van een bepaald bedrijf bij 'after sales service' vier dagen is, terwijl het gemiddelde twee dagen is, wachten de klanten van dat bedrijf dus langer op een antwoord en oplossing van hun probleem. Of op grond hiervan op individueel niveau van *vermogensschade* kan worden gesproken, is echter de vraag.⁹ Niettemin kan sprake zijn van een maatschappelijk uitgestrooid probleem dat om een oplossing vraagt, hoewel de BW-bril die oplossing niet biedt. Zo komen we terug bij de definitie van strooischade: wat is hier eigenlijk schade? En bovendien neigt een jurist met een BW-bril er toe om vermogensschade volgens de maatstaven van afd. 6.1.10 BW naar gelang de individuele omstandigheden te willen berekenen: restitutio in integrum volgens vage maatstaven. Niemand is geneigd om te zeggen dat de rechter bij massaschadegevallen, om van het gedoe af te zijn, een gestandaardiseerd bedrag mag toekennen (de een dus iets te veel en de ander iets te

5 Meer voorbeelden zijn te vinden bij Schäfer 2000, p. 185. Vgl. Asser e.a. 2003, p. 175 en Tzankova 2005, p. 17 e.v.; Micklitz en Stadler 2003, p. 10 e.v.

6 HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369.

7 Bijv. 'Dutch broadband delivers 60% of average speed offered'; www.telecompaper.com 2 december 2009. Zie ook 'Internet vaak niet zo snel als beloofd'; *NRC Handelsblad* 5 januari 2010.

8 Vgl. over de neiging om bij het ontwerpen van nieuwe regels voor genoegdoening (in het consumentenrecht) vaak aan te vangen met het denkraam van vergoeding en ongedaanmaking in de klassieke, privaatrechtelijke vorm Peysner en Nurse 2008, p. 13. Zie over dit 'restitutio in integrum' dogma ook Van Boom 2006, p. 13 e.v.

9 Dat probleem krijgt met name in contractuele verhoudingen een iets andere lading; ik verwijs naar van Kogelenberg 2009, p. 100 e.v., met verdere verwijzingen.

weinig) of een vergoeding te geven die *cy-près* is (dicht in de buurt komt van herstel, maar misschien wat creatiever of efficiënter).

In de tweede plaats stel ik vast dat of schade als bagatel wordt ervaren, en dus of individuele handhaving achterwege blijft en het alternatief van (enige vorm van) collectieve handhaving aan de orde komt, afhangt van wat consumenten individueel als bagatel beschouwen. In de literatuur wordt wel gesproken van *rationele apathie* – het erbij laten zitten is rationeel want wel klagen en procederen kost zeker meer dan het wellicht opleveren kan¹⁰ – maar het omslagpunt daarvoor verschilt van consument tot consument en van land tot land. Voor welgestelde consumenten is klagen over een verlies van € 100 minder rationeel dan voor minder bedeelden.

Europees onderzoek geeft aan dat slechts 29% van individuele consumenten bereid zou zijn te procederen in zaken met een waarde onder € 500.¹¹ Andere bronnen suggereren dat procederen over vorderingen onder € 10.000-17.000 niet rendabel is in landen als Duitsland, Oostenrijk en Nederland.¹² Weer ander onderzoek laat zien dat een individuele consument verdere stappen onderneemt (bijv. verder klagen) als de professionele wederpartij de geuite klacht van de hand wijst, indien het financiële belang groter is dan ongeveer € 50 (Oost-Europese consument; € 18 in Roemenië), tussen € 50 en meer dan € 100 (West-Europese en Scandinavische consument) met als uitschieters € 400-€ 500 (Zweden, Italië, België, Duitsland).¹³ Voor goedkopere producten zoals levensmiddelen zouden de meesten geen verdere actie ondernemen. Maar er zijn ook consumenten met principes die ook onder de bagatelgrens tot actie overgaan. Het lijkt er op dat de teleurstelling bij die groep des te groter is als zij uiteindelijk bot vangen.¹⁴

In de derde plaats wordt in de literatuur naast rationele apathie wordt ook aandacht gevraagd voor het fenomeen van ‘*free riding*’.¹⁵ Als vele individuen benadeeld worden door een veroorzaker, terwijl de baten van het juridisch ‘aanpakken’ van die veroorzaker door één van die individuen toevloeien aan alle benadeelden, dan is het rationeel om af te wachten totdat iemand anders de hete kolen uit het vuur haalt. Onzekerheid over de beantwoording van rechtsvragen (denk aan de vraag of art. 1:88 BW ook van toepassing is op effectenlease) kan bijvoorbeeld weggenomen worden door te procederen. De baten van de uitkomst van die individuele procedure vloeien niet alleen aan de procederende benadeelde toe, maar ook aan andere benadeelden die niet de kosten van de procedure dragen. Afwachten totdat iemand

10 Over rationele apathie bijv. Landes en Posner 1975, p. 33; Schäfer 2000, p. 195; Howells en Weatherill 2005, p. 604; Garoupa 2001, p. 231 e.v.; Van den Bergh 2007, p. 184; van Damme 2007, p. 37 e.v. Vgl. ook Meller-Hannich 2008, p. 14; Visscher 2004, p. 83; Koch 1990, p. 121 e.v.. Van den Bergh 2007, p. 201, wijst er terecht op dat consumenten ook niet altijd de beschikking hebben over de juiste informatie, zoals wetenschap van benadeling en kennis van hun rechten als individuele consument. Faure e.a. 2009, p. 181-182 wijzen in dit verband terecht op synergetische informatievoordelen tussen privaatrechtelijke en publiek- of strafrechtelijke handhaving.

11 Stuyck e.a. 2007, p. 204. Meer gedetailleerde informatie over omslagpunten, zie European Commission 2009*, p. 8.

12 Civic Consulting en Oxford Economics 2008, p. 91.

13 European Commission 2009*, p. 27, 30, 36, 91 (€ 50-€ 100) (NB: kwalitatief onderzoek, geen statistieken).

14 European Commission 2009*, p. 37.

15 Bijv. Landes en Posner 1975, p. 29; Van den Bergh en Visscher 2008, p. 5 e.v.

anders gaat procederen, kan dan de gedragsrespons zijn. Het gevolg daarvan kan dan weer zijn dat er minder dan een optimaal aantal claims ingediend wordt (en in theorie kan het zelfs tot afwezigheid van handhaving leiden). Hoe kleiner het aantal individuen dat het opbrengt om hun rechten te doen gelden, des te groter wordt de last van *free riding* voor de maatschappij en voor individuen die uiteindelijk wél besluiten te claimen. In lijn met deze theorie lijken empirische bevindingen van de Eurobarometer 2006 te zijn, die aangeeft dat 67% van de ondervraagde consumenten eerder geneigd zouden zijn een claim in te dienen tegen een veroorzaker van schade als zij dat gezamenlijk met andere consumenten zouden kunnen doen.¹⁶

In de vierde plaats is er, naast de (rechts-)economische dimensie is er de *institutionele omgeving* waarin de consument verkeert.¹⁷ Ook die verschilt van land tot land. Wellicht zijn er landen waar consumenten eerder geneigd zijn om een principiële zaak uit te vechten, bijvoorbeeld omdat het vertrouwen in de rechterlijke macht daar groter is dan in andere landen.¹⁸ Er zijn zeker landen waar toegang tot de rechterlijke macht onbetaalbaar is, zodat strooischade daar eerder problematisch is dan in die landen waar een breed palet aan alternatieve geschilbeslechtingcommissies bestaat die slechts € 25 rekenen voor klachtbehandeling. Niettemin zijn er natuurlijk ook in die landen drempels waardoor het financieel belang dat onder die drempel blijft nog steeds een 'bagatelbelang' is.¹⁹

In de vijfde plaats geldt vermoedelijk dat de maatschappelijke noodzaak tot aanpak van strooischade verschilt van geval tot geval. Of de strooischade ook werkelijk een maatschappelijk probleem oplevert waarvan het gevoelen bestaat dat het collectief aangepakt moet worden, hangt bijvoorbeeld van de markt af. Van structurele wanprestatie door een oligopolist die een universele dienst verleent zal in maatschappelijk opzicht mogelijk sneller gezegd worden dat deze aangepakt moet worden dan van een kleine speler op een grote competitieve markt. Een strooischadeveroorzaker die opzettelijk handelt om zodoende additionele winsten te boeken, zal allicht op een andere respons kunnen rekenen dan een onzorgvuldige maar niettemin redelijk onschuldige (eerste) misstap.

Dat brengt mij ten slotte tot een meer algemene categorie van factoren die relevant zijn, te weten: maatschappelijke onrust, politiek, belangenorganisaties en media(hype). Een voorbeeld waarin die factoren op elkaar inwerken, is dat van de *collectieve consumentenopstand*. Als een waakzame private belangenorganisatie via de media verontwaardigde individuen weet te bewegen om hun strooischade toch om te zetten in een vordering, kan druk gezet worden op een bedrijf om te komen tot niet-juridische oplossingen van het strooischadeprobleem. Of dat werkt, hangt

¹⁶ Stuyck e.a. 2007, p. 263.

¹⁷ Van Boom 2006, p. 23.

¹⁸ Zie noot Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd..

¹⁹ Vgl. Civic Consulting en Oxford Economics 2008, p. 96. Soms worden die drempels juist ingebouwd om te voorkomen dat bagatelschades voorgelegd worden aan dergelijke instanties. Zie bijv. voor Denemarken Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 23-24.

onder andere af van de mate van maatschappelijke verontwaardiging, politieke druk en de institutionele omgeving.²⁰

Een voorbeeld: toen de NS in december 2009 vanwege winterweer een aangepaste dienstregeling afkondigde, was er veel kritiek in het publieke debat. De reizigersvereniging Rover riep alle klanten op om de bekende standaardformulieren bij vertraging in te sturen en om bij weigering de zaak bij de geschillencommissie openbaar vervoer van de SGC aan te brengen. Als aan die oproep werkelijk gehoor wordt gegeven, dan dienen consumenten kennelijk uit principe een klacht in (klachtengeld € 25), raken de burelen van de SGC vervolgens zwaar beladen met klachten, loopt de afwikkeltijd van de SGC nog verder op, wordt de NS op kosten gejaagd, raakt de goede naam van de NS raakt aangetast, et cetera. De oproep dient er dus toe om zand in de raderen te strooien, zodat de collectieve druk op NS verder toeneemt en zij een oplossing aanreikt waartoe NS misschien juridisch gezien niet verplicht is maar die wel nodig kan zijn om verstopping van individuele klachtafwikkeling te beëindigen c.q. te voorkomen. Als een dergelijke actie werkt, kan daarmee schade die anders wellicht (goedgevoel) strooischade was gebleven toch collectief momentum krijgen.

4.2 Kuneva's uitgangspunten

De Europese Commissie, meer bepaald de voormalige commissaris Kuneva voor veiligheid en consumentenbeleid, heeft in het recente verleden voorzichtige stappen gezet richting de afwikkeling van massaschade in consumentenzaken.²¹ De (vorige) Commissie stelt in elk geval voorop dat het gebrek aan een effectief juridisch raamwerk dat consumenten in staat stelt om adequate vergoeding te krijgen in geval van massaschade, schadelijk is voor marktwerking en een juridisch vacuüm laat voortbestaan.²²

In het Groenboek collectief verhaal (2008) worden in dit verband vijf beleidsalternatieven gepresenteerd: 1) niets veranderen, 2) zelfregulering stimuleren, 3) vrijwillige ADR en rechterlijke afwikkeling stimuleren, 4) bindende collectieve afwikkeling invoeren, 5) een EU-brede collectieve schadevergoedingsprocedure introduceren.²³ Bij het kiezen uit deze alternatieven werd een aantal randvoorwaarden centraal gesteld waar ook bij toekomstige beleidskeuzes aan tegemoet gekomen zou moeten worden.²⁴ Het is niet moeilijk om te bedenken dat deze voorwaarden onderling moeilijk verenigbaar zijn en het dus onzeker is of en in welke zin dit Groenboek in beleid omgezet zal worden.²⁵

²⁰ Private belangenorganisaties moeten hier verantwoord optreden. Een boycot hype (het 'Buckler effect') is snel ontstaan. Over consumentenboycots nader Rodrigues 1992, p. 319 e.v.

²¹ Zie Groenboek over collectief verhaal voor consumenten (EU Commission 2008). Eerder werd private handhaving van mededingingsrecht op de EU-agenda gezet. Zie EU Commission Staff 2005, p. 1 e.v. Voor het algemene EU-consumentenbeleid zie EU Commission 2007*, p. 10 e.v.

²² EU Commission 2009, p. 3.

²³ EU Commission 2008*, p. 15 e.v.

²⁴ Zie <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm>.

²⁵ Vgl. Fairgrieve en Howells 2009, p. 403 e.v.

- Nieuwe instrumenten voor collectief verhaal zouden consumenten in staat moeten stellen om adequate genoegdoening te verkrijgen in gevallen waarin ze niet in staat zouden zijn geweest om deze anderszins op individuele basis te krijgen
- Het zou mogelijk moeten worden gemaakt om dergelijke verhaalsacties zodanig te financieren dat consumenten ofwel zelf in staat zouden zijn om een collectiever verhaalsactie te starten ofwel effectief vertegenwoordigd zouden kunnen worden door een derde. De proceskosten voor de eisende partij zouden niet disproportioneel moeten zijn in verhouding tot het belang van de zaak.
- De proceskosten van gedaagden zouden niet disproportioneel mogen zijn in verhouding tot het belang van de zaak. Aan de ene kant zou hiermee voorkomen worden dat gedaagden onevenredig belast zouden worden. Aan de andere kant zou zo ook voorkomen moeten worden dat gedaagden hun uitgaven kunstmatig en onredelijk zouden vergroten. Zodoende zouden consumenten niet overmatig angstig raken om te procederen in lidstaten die de 'loser pays'-regel hanteren.
- De vergoeding die de aansprakelijke moet betalen, zou ten minste gelijk zijn aan de schade die hij veroorzaakt heeft met zijn gedrag, maar zou niet zodanig overmatig mogen zijn dat van punitieve schadevergoeding gesproken zou kunnen worden.
- Een van de na te streven doelen bij collectief verhaal zou moeten zijn de reductie van benadeling van alle consumenten. Om die reden is preventieve werking ten aanzien van potentiële toekomstige schadeveroorzakers wenselijk-bijvoorbeeld door winstaafdracht.
- Het aanbrengen van kansloze zaken moet worden ontmoedigd.
- Er zouden voldoende mogelijkheden tot buitengerechtelijke schikking moeten worden geboden.
- De duur van de collectieve procedure moet voor alle betrokkenen redelijk zijn.
- Collectieve actie moet ertoe strekken de opbrengsten op een passende wijze te verdelen onder claimanten, hun vertegenwoordigers en waar relevant andere betrokken organisaties

Voor het ontwerpen van een algemene regeling voor de collectieve afwikkeling van strooischade is deze lijst wel erg naïef: de procedure moet zoveel als mogelijk tot integrale vergoeding van individuen leiden, moet geen van de betrokkenen te veel kosten, mag niet te lang duren, moet niet te punitief zijn maar toch ook niet te weinig afschrikken. Dat lijken mij voorwaarden die zich wat betreft strooischade moeilijk laten verenigen. Ook een vergelijkende blik op een aantal Europese jurisdicties, hierna in par. 4.3, laat zien dat een ideale generieke aanpak van de strooischadeproblematiek nog niet is bereikt.

4.3 Welke alternatieven zijn elders beproefd?

4.3.1 VOORAF

Hierna komt een aantal voorbeelden aan de orde van collectief schadeverhaal in andere Europese landen: gedwongen deelname aan een proefprocedure, de consolidatie door middel van een opt-in procedure en door middel van een opt-out procedure, de winstafdracht in civilibus en gemengd bestuurs-/privaatrechtelijke procedures. Vooraf een aantal opmerkingen.

In de eerste plaats is het goed om alvast te waarschuwen: er is in Europa geen echte, specifiek op collectieve afwikkeling van strooischade gerichte procedure. Het model van de Amerikaanse class action biedt die procedure in theorie wel omdat in dat model de rechter een vrijwilliger aanstelt die als vertegenwoordiger van de class optreedt en waarbij de leden van de class behoudens opt-out rechthoudende worden op een vergoeding die voortvloeit uit een door de rechter goedgekeurde schikking of veroordelend vonnis. Het probleem van rationele apathie laat zich echter niet altijd oplossen door de dwangvertegenwoordiging die de class action kent. Zelfs als de dwangvertegenwoordiger een goede schadevergoeding weet te bereiken in wat men een *coupon settlement* noemt (de class members krijgen recht op een waardebon of iets dergelijks), moeten de benadeelden zélf ook vaak nog iets doen om hun claim te incasseren. Een formulier invullen kan al te veel werk zijn; de *redeem rate* bij *coupon settlements* is dan ook laag (om maar niet te spreken van opt-out).²⁶

In de tweede plaats is het goed om te beseffen – juist ook tegen de achtergrond van de Brusselse beleidsretoriek – dat er grote verschillen bestaan binnen Europa als het gaat om de ruimte die private belangenbehartigers van de overheid krijgen om al dan niet met vrijwillige opt-in acties tot consolidatie van individuele claims over te aan. Die verschillen bepalen namelijk ook de richting waarin oplossingen voor de strooischadeproblematiek gezocht wordt. Er zijn kort gezegd landen die op de een of andere manier een (relatief) vrije markt van collectieve belangenbehartigers stimuleren en landen die staatsinmenging voorop stellen. Nederland kent een ruime en open categorie van belangenbehartigers in de zin van art. 3:305a BW en laat toe dat cessie aan speciaal voor collectief verhaal opgerichte rechtspersonen plaatsvindt.²⁷ Aan de andere kant van het spectrum staat bijvoorbeeld Duitsland, dat private consumentenorganisaties eerst onderwerpt aan een systeem

²⁶ Empirisch bewijs over uitstapgedrag bij class actions is te vinden bij Eisenberg en Miller 2004, p. 1529 e.v.; Gilles en Friedman 2006, p. 133 e.v.

²⁷ Overzicht en verwijzingen bij Van Boom 2009, p. 171 e.v.

van erkenning voordat zij collectieve verbods- en gebodsacties mogen instellen²⁸ en dat het geven van juridisch advies en zelfs zoiets simpels als vrijwillige opt-in actie door cessie aan een consumentenorganisatie met argwaan tegemoet treedt.²⁹ Ook in Frankrijk en Engeland bestaat dit overheidstoezicht.³⁰

In de derde plaats moet de relevantie van de financiering van civiele procedures niet worden onderschat. Een nieuwe procedurele aanpak van strooischade kan heel goed werken in het ene land en, vanwege institutionele verschillen in de structuur van het procesrecht en de financiering van proceskosten, een dode letter blijken in een ander land. Voor private consumentenorganisaties geldt in elk geval dat zij – tenzij het façades zijn voor overheidsoptreden – beperkte middelen hebben, die ze liever niet aan juristen spenderen. Dat is op zichzelf al een obstakel voor collectief verhaal, en dus zeker van verhaal van strooischade. Verschillende ‘oplossingen’ zoals subsidiëring van consumentenorganisaties, het toestaan van bijzondere ‘after the event’ verzekeringen en contingency fee-achtige vergoedingen voor advocaten van dergelijke organisaties worden in verschillende landen beproefd of overwogen. Nederland kan op dit punt wel wat meer experimenteerlust gebruiken.

4.3.2 DE GEDWONGEN DEELNAME AAN EEN FORMELE PROEFPROCEDURE

In par. 3.3 kwam reeds aan de orde dat ons privaatrecht geen ‘echte’ proefprocedure kent die gezag van gewijsde heeft buiten de concreet berechte zaak. Het bleek echter ook dat de Hoge Raad een pragmatische route kiest. Dat kan een procedure zijn waarin een concreet dossier door een individuele consument wordt voorgelegd, maar het kan evenzogoed een 305a-actie betreffen waarin op abstract niveau onrechtmatigheidsvragen aan de orde worden gesteld. In het oordeel over de onrechtmatigheid is immers het in art. 3:305a BW bedoelde gelijksoortige belang gelegen van de beleggers ten behoeve van wie de procedure is aangespannen.³¹

De boodschap van de Hoge Raad in *World Online* is dat als in de proefprocedure ex art. 3:305a BW de vragen die alle individuele dossiers gemeenschappelijk hebben,

²⁸ Zie de implementatie van Richtlijn 98/27/EG in de Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG). Vgl. ook § 33 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), dat consumentenorganisaties kort gezegd het recht onthoudt om civile verbodsacties tegen overtreding van de mededingingswetgeving in te stellen. Daarover Seeliger 2008, p. 84. Rechtvaardiging wordt hierin gevonden dat controle door consumentenorganisaties niet nodig is aangezien er al publiek toezicht op mededinging zou zijn (vgl. Boos 2003, p. 339). Zie voorts § 8 (2) UWG. Voor een overzicht van deze erkenningsprocedures, zie bijv. Baetge 2009, p. 127 e.v.; Halfmeier 2006, p. 51 e.v.

²⁹ Zie het inmiddels vervallen art. 1 § 3 (8) *Rechtsberatungsgesetz* (RBerG). Vgl. Micklitz en Stadler 2006, p. 14; Stuyck e.a. 2007, p. 276-277; Kocher 2007, p. 397-398; Schilken 2008, p. 35 e.v.; Micklitz en Stadler 2005, p. 13.25. Zie inmiddels de voorwaarden neergelegd in § 7-8 *Rechtsdienstleistungsgesetz* 2008 en § 79 *Zivilprozessordnung*. Vgl. Meller-Hannich 2008, p. 14; Micklitz 2007, p. 13 e.v.

³⁰ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, waarover Hodges 2008, p. 20, resp. L 421-1 – 421-7 Code de Consommation, waarover Magnier 2009, p. 116-117. Vgl. ook nog de ‘action civile’ die in theorie tot vergoeding van de collectieve schade zou kunnen leiden, maar in de praktijk tot niet meer dan de ‘franc symbolique’ leidt; daarover Calais-Auloy en Steinmetz 2003, p. 598; Picod en Davo 2005, p. 333; Picod en Chevrier 2008, p. 520 e.v.; Puttfarken en Franke 1999, p. 174 e.v. Overigens kan die ‘franc symbolique’ toch oplopen tot € 30.000, zo begrijp ik Kühnberg 2005, p. 112, noot 75.

³¹ Vgl. HR 23 december 2005, *LJN AU3713*, *JA* 2006, 40 (Safe Haven), r.o. 7.3.

beantwoord kunnen worden, dat gewoon moet gebeuren. De uitkomst van de proefprocedure heeft weliswaar officieel geen gezag van gewijsde buiten de concrete partijen,³² maar het ligt wel 'in de rede het in deze procedure gegeven oordeel over de onrechtmatigheid wel tot uitgangspunt te nemen in de afzonderlijke vervolgprocedures'.³³ De gelijksoortigheid van de belangen betrof immers de gemeenschappelijke (rechts)vragen. Aldus wordt, zo benadrukt de Hoge Raad, ook een effectieve en efficiënte rechtsbescherming geboden, mede doordat zo tegenstrijdige beslissingen omtrent de onrechtmatigheidsvraag voorkomen kunnen worden (hetgeen, zo voegt de Hoge Raad subtiel toe, ook in het belang van World Online en de banken is). Niemand wordt te kort gedaan: verweerders mogen in elk van de vervolgprocedures rekenen op een onbevooroordeelde behandeling in een eerlijk proces waarin alle gelegenheid tot verweer bestaat. Maar ze moeten wel met een goed verhaal komen en met argumenten die niet al eerder gewogen zijn, denkt de Hoge Raad er waarschijnlijk achteraan.³⁴

De Hoge Raad stelt zich in *World Online* pragmatisch op waar het formeel en informeel gezag van gewijsde betreft. In Duitsland gaan de wenkbrauwen vermoedelijk vér omhoog als ze dat vernemen. In het Duitse recht wordt namelijk het recht op individuele behandeling van zo grote waarde geacht³⁵ dat men in de *Deutsche Telekom* zaak, waarin ook misleiding van aandeelhouders centraal stond, specifieke wetgeving nodig achtte om een constructie te bedenken die binding aan een proefprocedure mogelijk zou maken van meer dan 15.000 individuele claimanten die hun schadeclaims ter beslechting hebben voorgelegd aan het OLG Frankfurt. De feiten van de Telekom-zaak dateren van 2000, de individuele procedures dateren van 2001, de bijzondere gelegenheidswet die officiële proefprocedures mogelijk maakt – de *Kapitalanleger-MusterVerfahrensgesetz* (KapMuG) – dateert van 2005.³⁶

Er is tot op heden geen uitspraak in de *Telekom* proefprocedure geweest.

De KapMuG geeft de mogelijkheid om verschillende individuele procedures in effectenzaken aan elkaar te verbinden voor een beslissing op gemeenschappelijke aspecten. Die beslissing vindt dan plaats in een *Musterverfahren*, een proefprocedure, waarbij één of een klein aantal van de zaken als 'model' voor de andere zaken wordt doorgeprocedeerd. Onderwerp van de proefprocedure kunnen alleen de gemeenschappelijke kwesties zijn, waarbij gedacht kan worden aan de vaststelling van feiten (wat stond er in de jaarrekening of het prospectus?, wie was daar verantwoordelijk voor?) en de juridische kwalificatie (was de mededeling mislei-

³² Frenk 1994, p. 313 e.v.

³³ Vgl. ook HR 1 juli 1983, – 1984, 360 (*Staat/LSV c.s.*), r.o. 3.4 ('dat ook een algemeen geformuleerde uitspraak als in het onderhavige geval is gegeven, slechts rechten geeft aan de partijen die haar hebben verkregen, zij het dat derden kunnen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen'), herhaald in HR 14 juni 2002, *LJN* AE0629, *NJ* 2003, 689 (*NVV/Staat*), r.o. 4.1.

³⁴ Te verwachten valt dat hetzelfde zou hebben gegolden ten aanzien van individuele benadeelden als de Hoge Raad zou hebben beslist dat er géén sprake was van onrechtmatige misleiding.

³⁵ Duitsland staat daarin niet alleen. In het Zweedse debat over invoering van een opt-out collectieve actie was dit ook een heikel punt. Zie Fairgrieve en Howells 2009, p. 400.

³⁶ De KapMuG expireert op 1 november 2010 (§ 20 KapMuG). Zie Baetge 2009, p. 127.

dend?). Wat dat laatste betreft kan worden gezegd dat uitdrukkelijk doel van de wet is om ‘vage normen’ die toepassing en uitwerking behoeven eenduidig en voor alle betrokkenen gelijkkluidend te concretiseren.³⁷ De vaststelling van individuele rechten op schadevergoeding (schade, causaal verband) kan niet in de proefprocedure plaatsvinden en mag dus ook niet het directe onderwerp daarvan zijn.³⁸

De gang van zaken bij de proefprocedure is kort gezegd als volgt.³⁹

- Een procederende partij in eerste aanleg die meent dat zijn zaak niet uniek is en de beslissing op bepaalde punten van belang is voor andere, vergelijkbare procedures, verzoekt de rechter in eerste aanleg om een proefprocedure toe te staan.
- De rechter in eerste aanleg wijst het verzoek toe of af. Relevant is bijvoorbeeld of de zaak gemeenschappelijke vraagstukken betreft of niet.
- De afwijzing is appelabel, toewijzing niet. Toewijzing van het verzoek leidt in de originele procedure tot een interlocutoire procedure, in afwachting waarvan de originele procedure opgeschort wordt.
- Als de rechter in eerste aanleg het verzoek toewijst, wordt een ‘proefregister’ geopend.⁴⁰ Daarin kunnen andere procederende partijen zich laten bijschrijven. De proefprocedure wordt pas doorgezet als binnen vier maanden na het oorspronkelijke verzoek nog negen andere gelijkgerichte verzoeken worden gedaan door andere partijen.
- De einduitspraak in het proefproces is bindend voor alle ingeschrevenen en zij moeten ook bijdragen in eventuele kosten van deskundigen als de uitspraak in hun nadeel uitpakt. Eenmaal ingeschreven kan men zich aan die plicht niet meer onttrekken door zich weer uit te schrijven.
- De rechter van eerste aanleg wijst de ‘proefpartijen’ aan en formuleert vervolgens de vragen die in de proefprocedure beantwoord moeten worden. Hij bepaalt daarbij het doel van de procedure, de door de verzoekende partij voorgestelde bewijsmiddelen en een korte weergave van de stellingen en verweren in de oorspronkelijke procedure.
- De door de rechter vastgestelde vragenlijst wordt vervolgens voorgelegd aan het bevoegde OLG. De beslissing van de rechter van eerste aanleg om de proefprocedure voor te leggen, is bindend voor het OLG. Het OLG voert de proefprocedure uit; de uitkomst is dus een antwoord op gestelde vragen.

³⁷ Kocher 2007, p. 393.

³⁸ De inzet van de proefprocedure mag niet zijn het verkrijgen van schadevergoeding. Zie BGH 10 juni 2008 - XI ZB 26/07 (te vinden op <http://juris.bundesgerichtshof.de>), alsmede KG Landgericht Berlin Musterentscheid 4 SCH 2/06 KapMuG 4 SCH 2/06 KapMuG (Perseus Immobilien Verwaltungs GmbH & Co. KG – LBB Fonds 13), te vinden op www.ebundesanzeiger.de. Deze rechtspraak doet denken aan de beperkingen aan de verklaring voor recht die de HR stelt in *Vie d’Or*, r.o. 8.1.3, hiervoor weergegeven in par. 3.2.

³⁹ Zie voor uiteenzetting van de KapMuG bijv. Kocher 2007, p. 391 e.v.; Kroeze 2005, p. 492 e.v.; Kroes 2008, p. 266 e.v.

⁴⁰ Openbaarmakingen worden verzorgd via www.ebundesanzeiger.de.

- Alle partijen die in het proefregister staan, worden ‘uitgenodigd’ om deel te nemen aan de proefprocedure, veelal aan de zijde van de eisende proefpartij.⁴¹ Dat klinkt vriendelijker dan de ‘Beiladung’ juridisch gezien is. De ‘Beiladung’ leidt er namelijk weliswaar niet toe dat de uitgenodigde partijen gevoegd worden als eiser – hun positie lijkt meer op die van belanghebbenden die argumenten en verweren kunnen inbrengen en verfijning van de vraagstelling kunnen opperen voor zover dat niet strijdt met de positie van de partij aan wiens zijde ze ‘uitgenodigd’ zijn⁴² – maar zij zijn uiteindelijk wél gebonden aan de uitkomst van de proefprocedure, zelfs als zij hun vordering in de hoofdprocedure zouden staken.⁴³ Die ‘dwang’ geldt ook voor de proefpartijen: als zij schikken of hun hoofdzaak beëindigen, gaat de proefprocedure gewoon door (door vervanging van de eiser).⁴⁴
- De uitspraak in de proefprocedure heeft dus werking voor en jegens de proefpartijen, de geregistreerde ‘uitgenodigden’ (*Beigeladenen*), maar belangrijker is dat alle gerechten van eerste aanleg waar de hoofdprocedures gevoerd worden ook gebonden zijn aan de uitspraak.⁴⁵ Dat betekent dat ook diegenen die niet officieel ‘uitgenodigd’ zijn maar wel een zaak aanhangig hadden, (indirect) gebonden zijn aan de uitkomst van de proefprocedure.⁴⁶
- Tegen de uitspraak in de proefprocedure is beroep bij het BGH mogelijk. Zodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, kunnen de oorspronkelijke procedures worden hervat (bijvoorbeeld om schadevergoedingsaanspraken vast te stellen indien de proefprocedure tot aansprakelijkheid van de effectenuitgevende instelling heeft geleid).

De resultaten van de wet zijn niet bijzonder bemoedigend.⁴⁷ De wet heeft niet geleid tot versnelling van de procedure. In de DT-zaak is op dit moment (december 2009) nog steeds geen proefuitspraak gewezen.⁴⁸ De wet maakt de proefprocedure bijzonder ingewikkeld en er kleeft een aantal problematische kenmerken aan de wet. Problematisch is dat de rechter van eerste aanleg die het Musterverfahren aanbrengt bij het betreffende OLG, geconfronteerd kan worden met en beslissen moet op

⁴¹ Vorwerk en Wolf 2007, p. 124-125.

⁴² § 13 (1) KapMuG.

⁴³ Er is overigens een subtiel onderscheid tussen de het gezag van gewijsde van de proefprocedure voor *Beigeladenen* (§ 8 (3) KapMuG) die gebruik maken van hun recht van opt-out. Doen zij dat nadat het verzoek tot het instellen van een Musterverfahren is toegewezen, dan zijn ze wél gebonden aan het gezag van gewijsde in de proefprocedure (§ 16 KapMuG) maar hoeven zij niet bij te dragen in de kosten (mits ze binnen twee weken uitstappen; § 17 (4) KapMuG). Een uitgenodigde kan mogelijk wel ontkomen aan het officiële gezag van gewijsde door zijn individuele procedure te beëindigen voordat het verzoek is toegewezen. Zie Bergmeister 2009, p. 226 e.v.

⁴⁴ § 11 KapMuG.

⁴⁵ § 16 KapMuG.

⁴⁶ Sommige auteurs menen dat deze binding in strijd is met de Duitse grondwet; zie de discussie bij Kocher 2007, p. 394.

⁴⁷ Kritisch bijv. ook al Mickitz en Stadler 2006, p. 1487 e.v.

⁴⁸ De stand van zaken is als volgt. Op 24 februari 2009 besliste het LG Frankfurt a.M. over het uitbreiden van de aan het OLG Frankfurt a.M. voor te leggen vragen (besluit 23 Kap 1/06; www.ebundesanzeiger.de). Naar verluidt hebben in april 2009 getuigenverhoren door het OLG in de V.S. plaatsgevonden (persbericht 14 april 2009 OLG; zie www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de).

verzoeken van de betrokken partijen om deze voordracht uit te breiden, te wijzigen etcetera. Dat is in de *Telekom* zaak dus ook gebeurd, en het vertraagt uiteraard het werk van het betreffende OLG, die dan een gewijzigde vraag voorgelegd krijgt. De financiële aspecten van de KapMuG zijn ook problematisch. Zo zijn de kosten van de proefprocedure kort gezegd deelschulden van elk van de partijen en ‘Beigeladene’: een winnende partij moet dus bij een massaschadezaak élk van de betrokkenen individueel om deelvergoeding aanspreken.⁴⁹ Andersom betekent ‘Beiladung’ dat men risico draagt van het verliezen van de proefprocedure. Dat remedieert mogelijk het probleem van *free riding*, maar het kan individuele eisers wellicht ook afschrikken. Problematisch is voorts dat de Duitse regulering van advocatentarieven het vooral aantrekkelijk maakt om zoveel mogelijk individuele zaken aan te nemen. De advocaten van de proefpartijen krijgen zelfs geen extra vergoeding voor het voeren van de proefprocedure,⁵⁰ zodat er geen financiële prikkel is om tot de proefprocedure over te gaan.

4.3.3 CONSOLIDATIE DOOR EEN OPT-IN PROCEDURE

Als we het hebben over consolidatie van individuele claims door een opt-in procedure, wordt vaak gerefereerd aan de Engelse *Group Litigation Order* (GLO). Het Engelse procesrecht is interessant omdat het een aantal instrumenten voor meerpartijenprocedures kent, maar het biedt geen pasklare procedure voor de strooi-schadeproblematiek.⁵¹

In het Engelse recht geldt als uitgangspunt dat individuen niet kunnen optreden in het algemeen belang⁵² en evenmin schadevergoeding kunnen vorderen ten behoeve van derden. In Engeland en Wales worden vier vormen van meerpartijenprocedures onderscheiden:⁵³ *test cases*, *consolidation* van vorderingen, *representative action* en de GLO. Test cases zijn proefprocedures, maar zijn nauwelijks geregeld. Ze hebben geen gezag van gewijsde voor niet-betrokken partijen, wel een lichte precedentwaarde.⁵⁴ *Consolidation* is een voeging van procedures op grond van een discretionaire bevoegdheid van de rechter daartoe; nadeel is dat het aantal procespartijen toeneemt en de procedure vertraagt en kostbaar maakt.⁵⁵

De *representative action* is ontwikkeld in rechtspraak, maar is inmiddels neergelegd in CPR 19.6 (Civil Procedure Rules (CPR 1999)). De action begint met het initiatief van een zelfbenoemde vertegenwoordiger.⁵⁶ De uitspraak is bindend voor betrokken derden ongeacht of ze in de procedure gedaagd of opgekomen zijn, maar dat geldt alleen als zij een identiek belang hebben in de zaak. Dat vereiste

49 § 8 KapMuG.

50 Zie § 15 (5) jo. § 16 (15) Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Vgl. Kocher 2007, p. 392-393.

51 Zie bijv. Andrews 2001, p. 251 e.v.; Civil Justice Council 2008, p. 18 e.v.

52 *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [1978] A.C. 435 (HL); vgl. Kocher 2007, p. 169 e.v.

53 Daarnaast is er de mogelijkheid van benadeelden om als *joint plaintiff* op te treden.

54 Civil Justice Council 2008, p. 72-73.

55 Zie Andrews 2001, p. 263 e.v. voor een overzicht van de voor- en nadelen.

56 Andrews 2001, p. 251.

wordt zeer eng uitgelegd.⁵⁷ Niet voldoende is dat derden vergelijkbare rechtsverhouding met de wederpartij hebben, het moet *dezelfde* rechtsverhouding zijn. Om die reden zal dit instrument zelden ingezet kunnen worden voor consolidatie van vorderingen van consumenten, laat staan van strooischadeclaims.⁵⁸

Dan de belangrijkste vorm van consolidatie, de GLO. Deze procedure kan opengesteld worden als er gemeenschappelijke of verwante feitelijke vragen of rechtsvragen beantwoord moeten worden in vergelijkbare rechtszaken. Met het instellen van de GLO worden individuele claims via 'opt-in' onderdeel van een grotere, centraal geleide procedure indien de claims worden bijgeschreven in het GLO Register.⁵⁹

Er wordt een GLO-register bijgehouden waar men zich kan inschrijven (*opt-in* dus), er wordt een *lead solicitor* aangewezen.⁶⁰ Een uitgevaardigd GLO heeft gevolgen voor degenen die zijn ingeschreven in het register, waaronder gezag van gewijsde. Daarmee is de GLO eigenlijk een geavanceerde voeging van reeds aangebrachte zaken.⁶¹ Conceptueel gezien heeft de GLO sterke kaarten omdat in theorie in één klap de doorslaggevende (rechts)vragen beantwoord kunnen worden voor alle (ingeschreven) benadeelden.⁶² Bij de GLO wordt het beeld opgeroepen van een actieve rechter in een regisseursrol: de rechter kan op verzoek of ambtshalve een GLO uitvaardigen en hij maakt zichzelf daarmee exclusief bevoegd om het massaschadegeval te behandelen.

Sterk en zwak tegelijk aan de GLO is de flexibiliteit van de procesregels; de GLO is vooral een procesrechtelijk regie-instrument dat de aangewezen judge tot regisseur van 'case management conferences' maakt. Dat past natuurlijk in een rechtscultuur waarin lijdelijkheid van de rechter minder prominent beleden wordt dan in continentale jurisdicties⁶³ maar voor gedaagden brengt dat een zeker risico met zich. De weinig omlijnde criteria in de CPR geven de rechter veel ruimte om te beslissen tot het al dan niet tot het uitvaardigen van de GLO. Er moet sprake zijn van 'a number of claims giving rise to common or related issues of fact or law' en overwegingen van proceseconomie.⁶⁴ Eenmaal aangevangen, wordt voor de procedure zelf ook veel aan de bevoegdheid van de 'managing court' overgelaten. Uit de geconsolideerde zaken *kan* een test case worden gekozen, de rechter *kan* de kosten verdelen onder alle ingeschrevenen. Ook de benoeming van de *lead so-*

⁵⁷ Civil Justice Council 2008, p. 71; Kocher 2007, p. 197-198.

⁵⁸ Seymour 1999, p. 564 e.v.

⁵⁹ Zie het GLO Register op <http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/150.htm>.

⁶⁰ Voordat een verzoek tot een GLO wordt ingediend, vindt een voortraject plaats via het Multi Party Action Information Service (MPA Service); Practice Direction 19b – Group Litigation, § 2.1. Dit is een instituut van zelfregulering van de Law Society, dat als informatiezuil werkt voor potentiële cliënten.

⁶¹ Tzankova 2007, p. 148.

⁶² Voorbeelden van dergelijke vragen zijn: 'kan groeihormoon x de ziekte van Creutzfeld-Jacob veroorzaken?' en 'heeft McDonalds de koffie op te hoge temperatuur verstrekt?'. Vgl. Kocher 2007, p. 206-207.

⁶³ Vgl. Hodges 2008, p. 53 e.v.

⁶⁴ Zie CPR Part 19.10 en 19.11.

licitor, zijn taken en toezicht op de kwaliteit van zijn werk zijn nauwelijks wettelijk geregeld.⁶⁵

Feitelijk is de GLO weinig succesvol.⁶⁶ Zij wordt alleen toegepast bij substantiële claims. Zij leidt tot een vergelijkbare stroperige meerpartijenprocedure als bij de modelprocedure onder de KapMuG. Ook bij de GLO zijn kosten een obstakel. De Engelse costs rules zijn ingewikkeld, maar een ding is op voorhand duidelijk: de verliezer betaalt héél veel. In beginsel moeten eisers delen in de ‘common costs’ gemaakt tot het moment dat zij eventueel uitstappen; bij later instappen moeten ze alsnog delen in de al gemaakte gemeenschappelijke kosten.⁶⁷ Vrijwel alle aangebrachte GLO-zaken worden gekenmerkt door de enorme advocatenkosten; dat is echter niet uitsluitend terug te voeren op het model van de GLO als zodanig maar vooral ook op de gebrekkige werking van de Engelse markt van juridische diensten, het wettelijk stelsel van proceskostenvergoeding en de (inmiddels gewijzigde) vergoedingen onder de gesubsidieerde rechtsbijstand.⁶⁸

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat de Duitse KapMuG geen bijzondere voorziening beoogt te treffen voor vergoeding van strooischade. Hetzelfde geldt voor de Engelse GLO. KapMuG en GLO lijken wel op elkaar: in essentie zijn het beide opt-in acties, waarin individuen niet zonder hun wetenschap en tot op zekere hoogte hun toestemming verwickeld kunnen raken.⁶⁹ Beide procedures zijn gericht op het verkrijgen van eenduidige antwoorden op gemeenschappelijke vragen. Een groot verschil lijkt wel te zijn dat de KapMuG een rigide systeem is terwijl de GLO juist bijzonder flexibel is. Geen van beide lijkt echter een goed voorbeeld te geven voor de afwikkeling van collectieve schades.

4.3.4 CONSOLIDATIE DOOR EEN OPT-OUT PROCEDURE

Rationele apathie en de nadelen van freerider-gedrag bij strooischade lijken te pleiten voor het invoeren van een opt-out procedure vergelijkbaar met de Amerikaanse class action. De opt-out procedure is dan ook in essentie waar Tzankova

65 Tzankova 2007, p. 47 e.v. Als het evenwel om een geval van gefinancierde rechtshulp gaat, bepaalt de Community Legal Service (CLS) wie als *solicitor* optreedt en daarvoor is dan weer inschrijving bij het Multi-Party Action Solicitors' Panel vereist. Dat panel hanteert kwaliteitscriteria die bijvoorbeeld de administratieve ervaring van de *solicitor* met het managen van massaschadezaken moeten borgen. Zie de Multi-Party Action Arrangements 2000 van de Legal Services Commission.

66 Hodges 2008, p. 53 e.v.

67 Dit vergt overigens een helder onderscheid tussen wat gemeenschappelijke en individuele kosten zijn. Dat ontbreekt nogal eens; vgl. Tzankova 2007, p. 148. Zie CPR Part 48.6A (6) en (7); ook hier heeft de ‘managing judge’ veel vrijheid, hij kan – ‘may’ – beslissen dat in- en uitstappers in de gemene kosten moeten delen.

68 Momenteel wordt onder leiding van Lord Justice Jackson onderzoek gedaan naar mogelijke hervorming van het Engelse systeem van proceskostenvergoeding. Zie Jackson 2009, p. 353 e.v.

69 Daarbij past wel de aantekening dat er onder de KapMuG een subtiel verschil in rechtsgevolg is voor de ‘uitgenodigde’ deelnemers aan het *Musterverfahren* afhankelijk van het moment van uitstappen. Stapt de ‘Beigeladene’ uit nadat het verzoek tot het instellen van een *Musterverfahren* is toegewezen, dan is hij wel gebonden aan de uitkomst van het *Musterverfahren* maar kan hij de veroordeling in de kosten wel ontlopen mits hij dat binnen twee weken doet. Zie § 8 (3), § 16, § 17 (4) KapMuG. Mogelijk kan hij wel het gezag van gewijsde ontlopen door zijn eigen rechtszaak te beëindigen voordat het verzoek is toegewezen. Zie Bergmeister 2009, p. 226 e.v.

in 2005 voor ons recht voor heeft gepleit.⁷⁰ Klassieke bezwaren hiertegen zijn dat iemand niet zonder gedagvaard en gehoord te worden in een burgerrechtelijke procedure zijn rechten kan kwijtspelen en dat binding aan een schikking zonder uitdrukkelijke instemming dubieus is vanuit de idee van partij-autonomie.⁷¹ Als men die bezwaren zo fundamenteel acht dat elke vorm van opt-out onbespreekbaar blijft, dan is een generieke oplossing via het privaatrecht niet goed denkbaar. Een aantal landen in Europa lijkt deze bezwaren evenwel minder onoverkomelijk te achten. Genoemd kunnen worden Portugal en Denemarken, die onder omstandigheden een opt-out procedure toestaan. Ik zou de Nederlandse WCAM overigens ook tot deze categorie willen rekenen.⁷²

De Portugese grondwet waarborgt de zogenaamde *acção popular*, en *Lei 83/95 da Acção Popular* uit 1995 maakt het voor consumentenorganisaties mogelijk om ‘publieke acties’ ten behoeve van consumenten aanhangig te maken.⁷³ De procedure is minder formeel dan gewone civiele procedures, proceskostenveroordeling voor eisers is gematigd⁷⁴ en de bewijsregels ten aanzien van identiteit van de individuele benadeelden en hun schade zijn minder streng.⁷⁵ De rechter heeft bijzondere bevoegdheden ten aanzien van het vergaren van informatie⁷⁶ en het vroegtijdig beëindigen van kansloze zaken.⁷⁷ Toezicht op de rechter geschiedt door het openbaar ministerie.⁷⁸ Individuele benadeelden hebben een recht tot opt-out.⁷⁹

De Portugese procedure ziet er op papier mooi uit, maar er is nog weinig praktische ervaring mee opgedaan.⁸⁰ Sommigen zien gebrekkige financiering van advocaten als een mogelijk obstakel terwijl anderen de weinig proceslustige Portugese cultuur als oorzaak aanwijzen.⁸¹ Ook het feit dat consumentenorganisaties weinig middelen te besteden hebben én het feit dat er laagdrempelige geschilbeslechting voor individuele consumenten bestaat zal een oorzaak kunnen zijn.⁸² Hoe de wet in de praktijk uitwerkt moet dus nog blijken.⁸³

70 Tzankova 2005, p. 127 e.v.

71 Bijv. Kodek 2006, p. 75.

72 Ook Noorwegen (2005) kent een collectieve actie die in deze categorie past. Voor de Noorse *Tvisteloven* (Lov 2005-06-17 nr. 90 - *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister*) zie Bernt 2009, p. 220 e.v. Anders dan Fairgrieve en Howells 2009, p. 385 e.v. lijken te suggereren, kent het Finse recht geen opt-out procedure (zo begrijp ik althans Viitanen 2009, p. 209 e.v.).

73 Zie Antunes 2009, p. 161 e.v.

74 Tortell 2008, p. 6; 21. Overigens heeft de gedaagde geen recht op vermindering van proceskosten.

75 Tortell 2008, p. 5.

76 Art. 17 van de *Lei 83/95 da Acção Popular*.

77 Art. 13 van de *Lei 83/95 da Acção Popular*; vgl. Tortell 2008, p. 21.

78 Zie verder Antunes 2009, p. 161 e.v.

79 Art. 15 van de *Lei 83/95 da Acção Popular*; zie Vilaça e.a. 2004, p. 4.

80 Vgl. Fairgrieve en Howells 2009, p. 387. Mulheron 2008, p. 77 noemt een geval van misbruik van economische machtspositie (DECO v Portugal Telecom) waarin een schikking met een cy-près vergoeding werd bereikt (gratis belminuten voor bestaande klanten).

81 Antunes 2009, p. 161 e.v. Over de relevantie van lokale claimcultuur bijv. Hodges 2001, p. 330 en European Commission 2009*, p. 20.

82 Tortell 2008, p. 3.

83 Civic Consulting en Oxford Economics 2008, p. 97.

De Deense wetgever introduceerde in 2008 de *Gruppesøgsmål* (groepsactie).⁸⁴ The *Gruppesøgsmål* kan worden aangevangen indien individuele benadeelden vergelijkbare vorderingen hebben op identieke feitelijke en juridische grondslag. De rechter bepaalt of het gebruik van de *Gruppesøgsmål* passend is, en dat hangt er bijvoorbeeld van af of de benadeelden individualiseerbaar en identificeerbaar zijn, maar ook of een collectieve procedure superieur en efficiënt is in het gegeven geval.⁸⁵ Er bestaat twee varianten van de *Gruppesøgsmål*: de opt-in en de opt-out versie. De opt-out versie wordt op verzoek gestart en kan juist bij strooischade een rol vervullen.⁸⁶ Bij de parlementaire behandeling werd een bedrag van DKK 2,000 (€ 265) genoemd als bagatelgrens.⁸⁷ In beginsel kan een individu of private organisatie als groepsvertegenwoordiger worden aangesteld, maar bij opt-out procedures is dit een exclusieve bevoegdheid van de overheidsinstelling *Forbrugerombudsmanden*,⁸⁸ de Deense Consumentenombudsman.⁸⁹

Ook met de Deense opt-out procedure is nog weinig ervaring opgedaan. Het lijkt er op dat men liever niet met opt-out werkt als individuele omstandigheden relevant zijn voor schadevergoeding. Cy-près staat kennelijk niet bovenaan de Deense verlanglijst, kennelijk is verklaring voor recht dat aan individuen hun schade vergoed moet worden (te berekenen op individueel niveau) realistischer.⁹⁰ Dat lijkt toch weinig winst ten opzichte van de 305a-actie zoals vormgegeven in *World Online*.

4.3.5 WINSTAFDRACHT IN EEN (SEMI-) CIVIELE PROCEDURE

Het Duitse recht biedt nog twee procedurele voorzieningen die – anders dan de voorbeelden die ik hiervoor behandelde – niet aanknopen bij de door individuele consumenten geleden schade, maar bij de door de veroorzaker vergaarde winst. Die benadering heeft de charme dat niet onderzocht hoeft te worden wat de omvang van de veroorzaakte strooischade is. De eerste is § 34-34a GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), de tweede § 10 *Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb* (UWG).

§ 34 GWB geeft de mededingingsautoriteiten de bevoegdheid om winstafdracht te vorderen van een overtreder van de mededingingsregels, tenzij de winst al is afgeroomd door de opgelegde boete of door een private actie ex § 34a GWB.⁹¹ De winst dient te worden afgedragen aan de Staat. Van belang is dus § 34a GWB, dat aan representatieve belangenorganisaties als bedoeld in § 33 (2) GWB de subsidiaire bevoegdheid geeft om afdracht aan de Staat te vorderen van 'erlangtes wirt-

84 *Retsplejelovens* ('Rechtsplegingswet'), §§ 254 a-254 k. Zie Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 3.

85 Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 4; Werlauff 2009, p. 203.

86 *Retsplejelovens* § 254 e (9).

87 Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 5.

88 Zie <http://www.forbrug.dk/forbrugerombudsmanden/>.

89 Werlauff 2009, p. 204.

90 Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 7.

91 Leicht 2009, p. 203-204.

schaftlichen Vorteil'.⁹² Oogmerk van de afdrachtplicht is met name het ontmoedigen van het veroorzaken van strooischade (generale preventie), niet het vergoeden ervan.⁹³

Van belang is hier nog dat in de Duitse energiewetgeving een bepaling staat (§ 32 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung EnWG 2005) die vergelijkbaar is met § 33 GWB voor wat betreft overtredingen van energiereguleringsvoorschriften. Bovendien is in § 33 EnWG de bevoegdheid aan de toezichthouder op de energiemarkt gegeven om bij verwijtbare overtreding van de betreffende wet bevel te geven om winst af te dragen aan de Staat voor zover deze niet al anderszins is afgeroomd door een geldboete of schadevergoedingsplicht.

Zoals opgemerkt, vloeien eventuele opbrengsten die de belangenorganisatie weet af te romen met § 34a GWB, in de staatskas. Tegelijk draagt de organisatie wel alle procesrisico's en het verbaast dan ook niet dat consumentenorganisaties weinig heil zien in de actie van § 34a GWB.⁹⁴ Het doel van deze winstafdracht – preventieve werking – zal dus niet worden bereikt, althans niet door tussenkomst van private organisaties.⁹⁵

Datzelfde bezwaar kleeft aan § 10 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG).⁹⁶ Dit artikel, dat specifiek in het leven is geroepen om winsten gemaakt met oneerlijke handelspraktijken, af te romen, geeft aan de erkende belangenorganisaties die ook de verbods- en gebodsactie van § 8 UWG mogen instellen (de 'Verbände') de bevoegdheid om winstafdracht te vorderen bij overtreding van § 3 (verbod van oneerlijke handelspraktijken) of § 7 UWG (bepaalde agressieve handelspraktijken). Oogmerk van de wetgever was om de consequenties van rationele apathie te voorkomen en dus om strooischade te voorkomen.⁹⁷ Vergoeding van benadeelden is niet het doel van de regeling,⁹⁸ en dus is bewijs van individuele schade ook niet vereist.⁹⁹

Belangenorganisaties die winstafdracht vorderen ex § 10 UWG, vorderen niet vergoeding van hun eigen schade maar treden op als publieke belangenbehartiger.¹⁰⁰ Een succesvolle aansprakelijkstelling leidt dan ook niet tot afdracht aan de organisatie zelf, maar aan de staatskas.¹⁰¹ Belangrijke voorwaarden zijn 1) dat sprake is van opzettelijke overtreding van een specifieke wettelijke bepaling inzake

92 Leicht 2009, p. 209-210, ziet hier een onderscheid tussen § 34a GWB en § 10 UWG, waarbij de laatstgenoemde bepaling alleen zou zien op afdracht van *beoogde* winst terwijl de eerste bepaling breder toepasbaar zou zijn vanwege de nadruk op *verkregen* voordeel. Of dat praktisch veel uitmaakt, is gezien het opzetvereiste twijfelachtig.

93 Schilken 2008, p. 44-45. Vgl. Hefermehl e.a. 2009, p. 1141, § 10 UWG rdnr. 3.

94 Schaumburg 2006, p. 123; Neuberger 2006, p. 119.

95 Schilken 2008, p. 44-45. Vgl. Hefermehl e.a. 2009, p. 1141, § 10 UWG no. 3.

96 Zie bijv. Mickitz en Stadler 2006, p. 1484.

97 Kocher 2007, p. 411; Schilken 2008, p. 44-45; Hefermehl e.a. 2009, p. 1140, § 10 UWG no. 1. Micklitz en Stadler 2003, p. 92 e.v. hadden in dit verband een 'bagatelplafond' van € 25-75 aan schade per persoon voorgesteld.

98 Hefermehl e.a. 2009, p. 1141, § 10 UWG rdnr. 3.

99 OLG Stuttgart 2-11-2006, 2 U 58/06, VuR 2007/2, p. 72, sub II-2d.

100 Zie over de juridisch-technische positie van 'Verbände' bij § 10 UWG bijv. Kocher 2007, p. 412.

101 Vgl. Schaumburg 2006, p. 122-123.

handelspraktijken (§ 3 of § 7 UWG) en 2) dat de winst ‘zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern’ is gemaakt, zodat strooischade er onder valt.¹⁰²

Opzet moet door de eiser worden bewezen,¹⁰³ maar de bewijslast ten aanzien van de winst is iets eenvoudiger. De aangesprokene is namelijk verplicht om daarover informatie te verschaffen en om rekening en verantwoording af te leggen.¹⁰⁴ De belangenorganisatie die de afdracht vordert is op haar beurt tot rekening en verantwoording tegenover de Staat verplicht (zie Abs. 4).

De winstafdracht is bekritiseerd omdat deze punitief zou zijn en daarmee niet alleen moeilijk in te passen is in het privaatrechtelijk systeem maar ook inconstitutioneel zou zijn. Anderen stellen dat de sanctie wel te verdedigen is omdat deze geen publieke sanctie oplevert (ook al vloeit de opbrengst van de actie in de staatskas) en de omvang van de sanctie aansluit bij de winst die de inbreuk op de wettelijk beschermde private belangen van consumenten teweeg heeft gebracht.¹⁰⁵

De afdracht wordt namelijk berekend door de totale omzet door de opzettelijke wetsovertreding vast te stellen en daar de productie- en bedrijfskosten van af te trekken (zie ook § 10 (2) UWG voor aftrek van andere sancties om samenloop te vermijden). Het aldus berekende winstbedrag hoeft weliswaar niet overeen te komen met de schade aan de zijde van de betrokken consumenten, maar er zijn in het Duitse recht meer gevallen waarin niettemin de winst moet worden afgestaan, zo wordt wel gesteld.¹⁰⁶ Die gevallen zijn evenwel anders: daar gaat het om inbreuk op subjectieve rechten (zoals auteursrechten) die leiden tot een winst die de benadeelde ook zou hebben kunnen realiseren. Daarvan is bij § 10 UWG geen sprake en dus lijkt het minder op een abstracte schadeberekening dan waarvan sprake is in die andere gevallen.

De praktische ervaringen met § 10 UWG zijn ook niet bemoedigend. Dat is niet alleen terug te voeren op het feit dat het financieel belang bij de afgeroomde winst bij de Staat ligt terwijl het procesrisico ligt bij de belangenorganisaties, die als onbetaalde *bounty hunters* voor de Staat de kastanjes uit het vuur zouden moeten halen. Zij hebben geen enkele financiële prikkel om dat risico daadwerkelijk te nemen.¹⁰⁷

Een belangrijk juridisch obstakel is bovendien gelegen in het hiervoor onder 1) genoemde vereiste van opzet. Dat wordt in de rechtspraak vaak restrictief uitgelegd en daarmee wordt een hoge drempel aangelegd. Een voorbeeld daarvan biedt de kwestie van de ‘Ortho-med’ bedmatrassen. Een bedrijf plaatst in 2004 internetadvertenties voor ‘Ortho-med’ bedmatrassen met verwijzing naar vergelijkend

¹⁰² Hefermehl e.a. 2009, p. 1140, § 10 UWG rdnr. 1.

¹⁰³ Seeliger 2008, p. 91-92.

¹⁰⁴ OLG Stuttgart 2-II-2006, 2 U 58/06, *VuR* 2007/2, p. 72, onder II-1; Hefermehl e.a. 2009, p. 1146, § 10 UWG rdnr. 14.

¹⁰⁵ Over e.e.a. Hefermehl e.a. 2009, p. 1140, § 10 UWG rdnr. 2; van Raay 2007, p. 47 e.v.; Kocher 2007, p. 406-407.

¹⁰⁶ Bijv. de *dreifache Schadensberechnung*, daarover bijv. Linssen 2001, p. 649-650.

¹⁰⁷ Schaumburg 2006, p. 123; Neuberger 2006, p. 119.

warenonderzoek van de Stiftung Warentest uit 1998, terwijl het weet dat meer recent onderzoek voorhanden is en de test bovendien zag op een ander formaat matras. Zij gaat daar mee door ondanks aanmaningen van een belangenorganisatie. Na het verkrijgen van gerechtelijk verbod vordert deze belangenorganisatie winstafracht op grond van § 10 UWG en zij stelt dus dat de wetsovertreding opzettelijk was. De adverteerder betwist dit. LG Heilbronn wijst de vordering af omdat opzet vereist dat de overtreder weet dat hij de wet overtreedt en zijn wil daarop gericht is. Van ‘bedingter Vorsatz’ is volgens het LG Heilbronn alleen sprake als de overtreder de verwezenlijking van wetsovertreding voor mogelijk heeft gehouden en deze mogelijkheid op de koop toe genomen heeft. Daarvan was hier het bewijs door de belangenorganisatie niet geleverd.¹⁰⁸ In appel werd door het OLG Stuttgart een minder strenge maatstaf aangelegd, die wél tot winstafracht leidde: ‘bedingt vorsätzlich’ handelt diegene die zijn handelspraktijken in strijd met de wet voortzet hoewel hij zich op grond van de hem bekende feiten niet kan uitsluiten dat zijn handelspraktijk oneerlijk is.¹⁰⁹ De interpretatie van het OLG Stuttgart zorgt er voor dat vorderingen tot winstafracht dichterbij de buurt komen bij de eisen die gesteld worden aan de schadevergoedingsvordering van concurrenten op grond van § 9 en § 8 (3) (1) UWG.

De conclusie van dit alles moet zijn dat de winstafracht zoals neergelegd in GWB en UWG in theorie wellicht zou kunnen bijdragen aan preventie en herstel van inbreuken op mededingings- en consumentenrecht maar dat de vormgeving daaraan in de weg staan. En zelfs als belangenorganisaties bereid zouden zijn om procedures strekkende tot winstafracht te voeren, dan nog komt de opbrengst niet bij de benadeelden terecht. De wet kent geen *cy-près* vergoeding of iets dergelijks: alles komt in de staatskas terecht. Voor ons recht zou dan direct een vraag van coördinatie met bestuursrechtelijke beboeting ontstaan: is winstafracht en beboeting met inachtneming van de grootte van de winst dan niet gewoon tweemaal dezelfde sanctie opleggen? Die coördinatie speelt in het Duitse recht ook, want daar is de private winstafracht subsidiair aan beboeting.

Als we de mogelijkheden van winstafracht zo overzien, is het dan denkbaar dat in een civiele procedure door een belangenbehartiger winstafracht wordt gevorderd en (*cy-près*) verdeeld onder benadeelde consumenten? Ik acht het niet ondenkbaar maar veel bewijzen voor een bloeiende winstafrachtpraktijk in het consumentenrecht van Europese landen heb ik niet gevonden. Vermeldenswaard is dat Verkade zich onlangs de vraag heeft gesteld of een 305a-actie tot winstafracht ex art. 6:104 BW kan leiden:

‘Artikel 6:104 BW voorziet in de vordering tot afdracht van onrechtmatig genoten winst. De bepaling stelt aan de winstafracht wél de voorwaarde dat er aansprakelijkheid bestaat

¹⁰⁸ LG Heilbronn 23-2-2006, 23 O 136/05 KfH, *VuR* 2007/2, p. 73; daarover Seeliger 2008, p. 91-92.

¹⁰⁹ OLG Stuttgart 2-11-2006, 2 U 58/06, *VuR* 2007/2, p. 70.

jegens de eiser (dat is zo krachtens afdeling 6.3.3A jo. art. 3:305a BW), en niet de eis dat de eiser-belangengroepering ook zelf benadeeld zou zijn. Uiteraard zou de groepering het aldus verkregen geld kunnen benutten om consumenten-slachtoffers zo veel mogelijk schadeloos te stellen. Zou langs deze omweg een class action benaderd kunnen worden?’

Ik denk het niet. Ik zie in elk geval naar geldend recht de volgende twee obstakels. Allereerst moeten we vaststellen dat de Hoge Raad art. 6:104 BW niet als zelfstandige grondslag voor winstafdracht ziet maar als onderdeel van het schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10 BW.¹¹⁰ Art. 6:104 BW lijkt veeleer een instrument te zijn om schade van claimanten te begroten als andere instrumenten niet goed werken. Staat vast dat de eiser geen schade heeft geleden, dan zal art. 6:104 BW niet tot winstafdracht kunnen leiden. Natuurlijk zijn er argumenten om deze beperkte uitleg van art. 6:104 BW af te wijzen,¹¹¹ maar het obstakel is er zolang de Hoge Raad niet om gaat. In de tweede plaats is er de reikwijdte van art. 3:305a BW. Ik denk dat dat artikel niet kan leiden tot een zelfstandig recht van de belangenorganisatie tot het inontvangnemen van de ex art. 6:104 BW afgedragen winst. Die bepaling is immers een recht op schadevergoeding van benadeelden. Hooguit is dus een gebod mogelijk tot afdracht van de afgedragen winst aan elk van de benadeelde individuen. De winst passeert niet het vermogen van de belangenorganisatie tenzij krachtens informele opt-in daartoe gemachtigd. Tenslotte is er nog het obstakel van de verdeling: gesteld dat het mogelijk is dat met een beroep op art. 6:104 BW winstafdracht aan individuen mogelijk is, dan nog zijn er niet te onderschatten problemen met het verdelen: wat als niet precies bekend is wie tot de groep van benadeelde consumenten hoort dan wel wie zich van die groep melden zal? Moet er dan niet een of andere stichting worden benoemd die als *trustee* de afgeroomde winsten beheert en volgens een vaste staffel verdeelt aan eenieder die zich meldt en het surplus aan een goed doel besteedt? Er is onder bepaalde omstandigheden veel te zeggen voor een dergelijke wijze van afwikkelen, maar zonder bijzondere wettelijke grondslag zie ik het nog niet van de grond komen. En het is ook maar de vraag of de voordelen van het optuigen van een dergelijke ‘winstverdeling’ de kosten wel rechtvaardigen.

4.3.6 GEMENGD BESTUURS-/PRIVAATRECHTELIJKE PROCEDURE

Ten slotte zijn er voorbeelden te zien van gemengde procedures die bestuursrechtelijke elementen en privaatrechtelijke elementen in zich dragen. Vooral het Engelse mededingings- en consumentenrecht biedt daar voorbeelden van. Ook de Scandinavische van overheidswege ingestelde Ombudsman in consumentenzaken

¹¹⁰ HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 (*Waeyen Scheers/Naus*). Vgl. Kortmann en Sieburgh 2009, p. 260-261; Zippro 2009, p. 379 e.v.

¹¹¹ Ik verwijs naar de bespreking daarvan in Van Boom en Wissink 2002, p. 113 e.v., met schatplicht aan Linssen 2001, p. 306 e.v. Zie ook Kortmann en Sieburgh 2009, p. 287 e.v.

is een voorbeeld van een gemengde procedure.¹¹² Wat nog wel eens gebeurt is dat een bestuursrechtelijke instantie niet alleen belast wordt met het vaststellen van de overtreding en het sanctioneren daarvan, maar ook met het afwikkelen of faciliteren van de met de overtreding samenhangende schadevergoedingsacties.¹¹³

Zo kan in het Engelse mededingingsrecht een individu dat schade lijdt door een vastgestelde overtreding er voor kiezen om niet naar de civiele rechter te stappen voor schadevergoeding maar naar de *Competition Appeal Tribunal* (CAT). Bovendien is het sinds 2003 ook aan erkende consumentenorganisaties toegestaan om een dergelijke *follow-on* actie¹¹⁴ in te stellen bij de CAT in naam van ten minste twee consumenten.¹¹⁵ Dat is dus een bijzondere opt-in procedure ten overstaan van een bestuursrechtelijke instantie. De ‘representative claims’ kunnen alleen geconsolideerd ingesteld worden als het dezelfde inbreuk betreft, de consumenten hebben toegestemd en het inbreuken betreft ter zake van goederen of diensten die deze consumenten als zodanig hebben gekocht of wilden aankopen.¹¹⁶ Als de CAT de eis toewijst, krijgen de consumenten rechtstreeks vergoeding. De bemiddelende organisatie krijgt zelf de vergoeding als duidelijk is dat de consumenten deze als ontvanger hebben aangewezen en de gelden apart geadministreerd blijven. Bijzondere bepalingen voor *cy-près* kent deze regeling niet zodat per saldo alleen de rechtsgang afwijkt van de civiele route.¹¹⁷

Een andere vorm van een gemengd bestuurs-/privaatrechtelijke procedure is die waarin een bestuursorgaan zich tot de civiele rechter mag wenden om een antwoord te krijgen op bepaalde rechtsvragen, om vervolgens op basis van het antwoord dat die rechter geeft, bestuursrechtelijk te handhaven. Een voorbeeld daarvan biedt de werkwijze van de Engelse Office of Fair Trading (OFT). Op grond van de Enterprise Act (Part 8) zijn de OFT, de *Trading Standards Authorities*, sectorale toezichthouders en andere ‘aangewezen handhavende organisaties’ belast met publieke handhaving van het consumentenrecht.¹¹⁸ Die handhaving vindt onder andere plaats met het verzoek om een gerechtelijke *enforcement order*, waarbij een ondernemer gedragingen verboden of geboden worden en waarbij eventueel pu-

¹¹² Zie verder Viitanen 2007, p. 85.

¹¹³ Vgl. over de vraag of publieke handhavers werkelijk zitten te wachten op nóg een taak de discussie in Engeland naar aanleiding van het aanscherpen van de bevoegdheden van publieke handhavers. Zie Peysner en Nurse 2008, p. 67; HM Government 2009, p. 48.

¹¹⁴ Een follow-on claim wil zeggen dat schadevergoeding wordt gevorderd nadat de mededingingsautoriteit onherroepelijk een inbreuk heeft vastgesteld. Zie Hodges 2008, p. 23.

¹¹⁵ S. 47a-47b Competition Act 1998. Er is momenteel maar één consumentenorganisatie toegelaten: de Consumers’ Association. Zie Specified Body (Consumer Claims) Order 2005.

¹¹⁶ Dayagi-Epstein 2006, p. 218-219.

¹¹⁷ Zie ook de zaak *Consumers’ Association vs. JJB Sports plc.*, waarover nader in par. 4.4.2. Zie over deze zaak vooral ook Hodges 2008, p. 24 e.v.

¹¹⁸ Part 8 Enterprise Act vervangt Part III van de Fair Trading Act 1973 en de Stop Now Orders (EC Directive) Regulations 2001.

blicatie bevolen wordt.¹¹⁹ De *enforcement order* heeft iets weg van een administratiefrechtelijke variant van art. 3:305d BW voor handhaving van consumentenrecht. Het is geen instrument voor individuele acties of compensatie en het heeft geen nadelige gevolgen voor individuele claims.

Een voorbeeld van een zaak waarin OFT (strooi)schade van consumenten heeft geprobeerd aan te pakken betreft *bank charges*. Veel Engelse banken rekenen een bedrag (een *charge*) aan klanten die zonder toestemming rood staan op hun rekening-courant bankrekening; de voorwaarden waaronder dat gebeurt zijn niet zoals in Nederland redelijk doorzichtig en de (rente)percentages verschillen van bank tot bank en ook per rekeningvorm. De OFT stelde zich op het standpunt dat de bankvoorwaarden die deze bevoegdheid geven 1) een algemene voorwaarde zijn in de zin van de (implementatie van de) Richtlijn Oneerlijke Bedingen en 2) in strijd zijn met de (geïmplementeerde regels van de) Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Bij wijze van proefprocedure tussen OFT en de banken zijn deze inhoudelijke vragen aan de rechter voorgelegd. De inzet was groot: restitutie van vele miljarden ponden aan geïnde bedragen over de afgelopen zes jaren (in verband met verjaring). In afwachting daarvan zijn veel individuele zaken stilgelegd en wachtten ongeveer één miljoen rekeninghouders die hun banken om restitutie hebben gevraagd op een definitieve uitspraak. Als was komen vast te staan dat de *charges* ten onrechte in rekening zijn gebracht, dan had de Financial Services Authority (de Engelse AFM) de bevoegdheid gehad om aan de banken op te dragen om de betaalde bedragen te restitueren aan de klanten.¹²⁰

Op 26 februari 2009 besliste de Court of Appeal dat de *bank charges* inderdaad op redelijkheid te toetsen zijn en dat geen sprake is van een kernbeding.¹²¹ De Supreme Court (voorheen: House of Lords) besliste onlangs echter anders.¹²² De OFT laat de zaak nu vallen.

Voor het Nederlandse recht is het de vraag in hoeverre het bestuursrechtelijke concept van 'herstelsancties' (last onder dwangsom, last onder bestuursdwang) kan zien op meer dan alleen het herstellen in de wenselijke toestand en het voorkomen van de overtreding (bij de preventieve last). Indien men wil aannemen – en naar ik begriip is dat zeker niet gemeengoed in het bestuursrecht¹²³ – dat een bestuursorgaan met een last de overtreder ertoe kan dwingen de gevolgen van zijn overtreding ongedaan te maken, is het helemaal niet zo vreemd om te veronderstellen dat het orgaan ook kan bepalen dat de overtreder de schade die individuen

119 Niet-naleving van de order levert contempt of court op, en daar staan boetes of vrijheidsstraffen op. Interessant is dat niet alleen overheidslichamen als toezichthouder aangewezen kunnen worden, maar ook private belangenorganisaties. Howells en Weatherill 2005, p. 597-598. Zie voor de voorwaarden voor aanwijzing *Designation as an enforcer for part 8 of the Enterprise Act 2002: Guidance for private bodies seeking a designation under section 213* (Department of Trade and Industry - Consumer and Competition Policy Directorate URN 05/1075; te vinden op <http://www.berr.gov.uk/files/file11976.pdf>).

120 Sections 382 en 383 Financial Services and Markets Act 2000.

121 *Abbey National plc and others vs. Office of Fair Trading* [2009] EWCA Civ 116.

122 *Office of Fair Trading vs. Abbey National plc and others* [2009] UKSC 6.

123 'Bestuursrechtelijke sancties hebben niet de bedoeling de door de overtreding veroorzaakte schade te herstellen, maar om een einde te maken aan het normoverschrijdend gedrag zelf', aldus Scheltema en Scheltema 2009, p. 47. In hun opvatting zijn in het privaatrecht de sancties gericht op het herstellen van schade; zolang er nog geen schade is, bestaat er geen kans dat zal worden opgetreden (t.a.p., noot 5, melden zij nog dat hierin 'enige verandering' is gekomen door invoering van de mogelijkheid van collectieve acties in het privaatrecht). Vgl. ook Scheltema en Scheltema 2009, p. 60.

hebben geleden als gevolg van de overtreding, op adequate wijze weg dient te nemen. De tekst van de Vierde Tranche Awb biedt voor die opvatting wel aanknopingspunten, omdat het bestuurlijke herstelsanctie definieert als:

een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.¹²⁴

Onder het wegnemen van de gevolgen van een overtreding is taalkundig natuurlijk ook de (strooi)schade te verstaan die de overtreding teweeg heeft gebracht. De memorie van toelichting wijst er echter op dat geen wijziging met het voordien geldende recht is beoogd, zodat de ruimte die bestuursorganen hier hebben toch niet heel groot lijkt te zijn.¹²⁵ Niettemin voelen sommige toezichthouders de behoefte om tegemoetkoming van benadeelden door de overtreder te stimuleren en zij kunnen dat feitelijk tot hun takenpakket rekenen door bijvoorbeeld het handhavingsbeleid mede af te stemmen op de ongedaanmakingspogingen die de overtreder onderneemt om de schadelijke gevolgen van de overtreding ongedaan te maken.¹²⁶ Bovendien zijn er specifieke wetsbepalingen die dergelijke toezichthouders daadwerkelijk niet alleen marktmeester maken maar ook ‘regisseur van genoegdoening en compensatie’.¹²⁷ Ik noem twee voorbeelden. Allereerst is er door de Energiekamer NMa een compensatieregeling in het leven geroepen voor forfaitaire vergoeding van schade bij onderbreking van energielevering.¹²⁸ Consumenten hebben op grond van deze regelingen recht op vaste bedragen in geval van onderbreking van de levering door storing, een en ander afhankelijk van de aansluiting en de duur van de storing. Het compensatiebedrag uit de forfaitaire compensatieregeling is niet gerelateerd aan de ernst van de gevolgen van de storing, maar dient als een prikkel voor de netbeheerder om de kwaliteit van de transportdienst te handhaven.

Het tweede voorbeeld betreft art. 7.3c Telecommunicatiewet, dat de OPTA bevoegd maakt om bij een misbruik van betaalnummers toegang tot het nummer te laten afsluiten, maar ook om te bevelen dat de kosten voor bellen naar dit nummer niet meer in rekening worden gebracht en aan bellers terugbetaald worden. Door deze bevoegdheid uit te oefenen kan OPTA een rechtstreekse restitutieplicht bij nummERMisbruik opleggen en handhaven.

¹²⁴ Art. 5:2 lid 1 onder b Awb.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 101.

¹²⁶ Zo noemt de NMa in haar handhavingsbeleid de omstandigheid dat een overtreder uit eigen beweging benadeelden heeft gecompenseerd een relevante omstandigheid bij de keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument in een concrete zaak. Zie NMA document ‘Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit’, d.d. 17 maart 2009, nr. 500142-13.0187, *Stcrt.* 2009, nr. 63.

¹²⁷ Daarnaast is nog denkbaar dat – waar toegelaten – vergunningvoorwaarden op een gereguleerde markt ook een bron kan zijn waaruit verplichtingen tot genoegdoening en compensatie tegenover derden ontstaan.

¹²⁸ Zie art. 31 lid 1 sub f Elektriciteitswet 1998, uitgewerkt in *Netcode Elektriciteit* (hfdst. 6) en *Code Aansluitvoorwaarden Gas – LNB* (hfdst. 7.2), te raadplegen op www.energiekamer.nl, onder regelgeving. De constructie lijkt er een te zijn zoals in de vorige voetnoot bedoeld.

4.4 Verdient strooischade een beleidsagenda?

4.4.1 AANDACHTSPUNTEN

Strooischade is tijd- en plaatsgebonden. Sommige landen (en binnen die landen geldt het zelfde voor bepaalde branches) hebben bijvoorbeeld een rijkere alternatieve geschilbeslechtingscultuur dan andere.¹²⁹ Hoe lager de drempels voor individuen om toegang te krijgen tot die alternatieven, des te kleiner de groep van gevallen van strooischade zal kunnen zijn. Tegen die achtergrond zijn er ten minste vijf onderwerpen die de Nederlandse wetgever onder ogen moet zien als hij werkelijk overweegt om strooischade tot prioriteit te bestempelen.

Allereerst geldt dat, als de wetgever een generieke regeling in het burgerlijk (proces)recht wil treffen, er rekening mee zal moeten worden gehouden dat deze regeling een opt-out karakter zal moeten hebben omdat, gegeven de omvang van de individuele schadeposten, van de benadeelden zelf weinig actie te verwachten valt.¹³⁰ In de tweede plaats zal afscheid genomen moeten worden van het *restitutio* dogma en zal een beslissingskader voor *cy-près* verdeling van de opbrengsten ontwikkeld moeten worden. Bij strooischade is het bepalen van het bedrag dat de veroorzaker moet betalen vermoedelijk eenvoudiger dan het uitdelen van dat bedrag aan de benadeelden. De makkelijkste weg, die het Duitse recht dan ook kiest, is dan ook om het bedrag helemaal niet uit te keren aan de benadeelden maar om het in de staatskas te laten vloeien.¹³¹ Daarmee is er geen afstemming met individuele vorderingen van benadeelden. In de derde plaats moet coördinatie plaatsvinden met andere sanctioneringsstelsels, zoals bestuurlijke boetes. Vooral bij civielrechtelijke winstaftocht kan dat relevant zijn.¹³²

In de vierde plaats moet er aandacht zijn voor het te verwachten gedrag van de betrokkenen. Als een belangenorganisatie aangewezen wordt om winstaftocht te vorderen, maar geen bijzondere financiële steun daarvoor krijgt (terwijl zij wél de afgeroomde winst moet afstaan en schadevergoedingsvorderingen van individuen moet laten voorgaan), valt er weinig actie te verwachten. Als de kwaliteit van de diensten van belangenorganisaties niet gereguleerd worden, kan hun optreden in strooischadezaken ondermaats blijken te zijn. Dat kan een overweging zijn om aan publieke toezichthouders bevoegdheden te geven (hoewel dat overigens geen garanties biedt voor een goede kwaliteit).¹³³

Dat brengt mij op het vijfde punt dat meegewogen moet worden. Verdient strooischade eigenlijk wel een oplossing in het privaatrecht? Ik wil het belang van die vraag illustreren aan de hand van de Engelse zaak van de *voetbalshirts*.

¹²⁹ Vgl. Civic Consulting en Oxford Economics 2008, p. 93.

¹³⁰ Vgl. European Commission 2009*, p. 80.

¹³¹ Het Duitse recht bepaalt niets over wat er moet gebeuren met de afgeroomde winst zodra deze in de staatskas is gevloeid.

¹³² Vgl. Schäfer 2000, p. 183 e.v.

¹³³ Zie over kwaliteit in dit verband Edwards 2006, p. 20 e.v.; Kocher 2007, p. 65. Over de verschillende stelsels Howells en Weatherill 2005, p. 639-640.

4.4.2 HOE HET NIET MOET: DE ZAAK VAN DE VOETBALSHIRTS

Welke agenda Europa dan wel Nederland kiest voor strooischade, het is vooral van belang om te voorkomen dat het vooral juristen zijn die er (financieel) iets mee opschieten. Wat dat betreft is het goed om de Engelse zaak *Consumers' Association vs. JJB Sports plc.* voor ogen te houden. Dit is een *follow-on* zaak op grond van s. 47B Competition Act 1998.¹³⁴ In *JJB Sports* ging het om een prijskartel tussen producenten en verkopers van replica voetbalshirts. Negen ondernemingen werden schuldig bevonden door de OFT en in 2003 beboet voor deelname aan het kartel. Een van de deelnemers, *JJB Sports*, ging hiervan in appel bij de *Competition Appeal Tribunal* (CAT) en de Court of Appeal; de vaststelling van de overtreding en de beboeting kregen in 2007 kracht van gewijsde. Bij het onderzoek en de beboeting werd geen informatie verzameld door de OFT over de omvang van de gemaakte winst of de prijsverhoging voor consumenten die het gevolg was van het kartel.

De OFT had uitgebreid de publiciteit gezocht en een van de karteldeelnemers, *JJB Sports*, ging er vrijwillig toe over om alle bezitters van een desbetreffend shirt aan te bieden om hun shirt in te ruilen voor een nieuw shirt en een koffiebeker (nieuwswaarde GBP 25). Dit aanbod werd uitgebreid geadverteerd en zo'n 16.000 consumenten maakten er gebruik van.

De Engelse Consumers' Association *Which?* meende echter dat zo'n 2 miljoen kopers van een shirt zo'n GBP 15 tot 20 benadeeld waren en ging daarom over tot het indienen van een schadeclaim op grond van section 47B van Competition Act 1998.¹³⁵ De Consumers' Association begon een mediacampagne en het resultaat van deze advertenties was dat 130 consumenten voor 'opt-in' kozen.¹³⁶

Which? zou graag vergoeding van 25% van de behaalde relevante omzet van JJB hebben willen incasseren bij wijze van *exemplary damages* (kort gezegd: punitieve schadevergoeding op grond van restitution). Die claim werd echter als weinig kansrijk gezien, onder andere omdat een dergelijke winstafracht niet mogelijk wordt geacht als de overtreder al beboet is door een overheidsorgaan.¹³⁷

Ook problematisch aan de claim was dat consumenten met aankoopbewijzen van het shirt moesten aantonen dat zij daadwerkelijk benadeeld waren; velen hadden dit aankoopbewijs niet meer. Bovendien was problematisch dat JJB ontkende dat consumenten schade hadden geleden en dat voor de bepaling van de omvang van de genoten winst en de geleden schade deskundigenbewijs nodig was. Dit vergaren van bewijs was bijzonder kostbaar.

¹³⁴ Case no. 1078/7/9/07; zie <http://www.catribunal.org.uk/files/Note1078Consumerso50307.pdf>. Uitgebreid daarover Hodges 2008, p. 24 e.v.

¹³⁵ S. 47B werd ingevoerd door de Enterprise Act 2002.

¹³⁶ De Consumers' Association had voor wat betreft de juridische bijstand een veiling van de massaclaim opgezet op basis van een 100% Conditional Fee Agreement.

¹³⁷ Jackson 2009, p. 357. Zie ook *Devenish Nutrition Ltd. and others v. Sanofi-Aventis SA (France) and others* [2007] EWHC 2394 (Ch) en *Devenish Nutrition Ltd. v. Sanofi-Aventis SA (France) and others* [2008] EWCA Civ 1086.

De zaak is echter nooit inhoudelijk behandeld want partijen zijn door tussenkomst van een mediator in januari 2008 tot een schikking gekomen. Die schikking hield in:

- dat benadeelde consumenten (zowel degenen die via opt-in waren toegetreden als anderen die zich alsnog zouden melden) tegen overlegging van ofwel hun shirt of aankoopbewijs GBP 20 zouden ontvangen;
- dat benadeelden die al eerder gebruik hadden gemaakt van het vrijwillige aanbod alsnog GBP 5 zouden kunnen vorderen;
- dat JJB Sports de redelijke kosten (o.a. van rechtsbijstand) zou vergoeden aan de Consumers' Association.

JJB Sports heeft op grond van deze schikking 'slechts' GBP 18.000 uitgekeerd aan consumenten.¹³⁸ Over de afspraak over de vergoeding van de 'redelijke kosten' ontstond vervolgens onenigheid: de Consumers' Association vorderde kennelijk een hoog (maar niet openbaar gemaakt) bedrag aan kosten van rechtsbijstand en advertenties (om consumenten te activeren) door haar twee solicitors. JJB Sports verweerde zich met de stelling dat de Consumers' Association niet direct wilde schikken, dat de tarieven ten onrechte 'City rates' betroffen en dat als bovendien de vertegenwoordigde consumenten elk afzonderlijk geclaimd hadden in een zogenaamde small claims procedure, zij helemaal geen kosten van rechtsbijstand hadden geclaimd. De CAT heeft het kostengeschil onlangs als te ingewikkeld doorverwezen naar de *Supreme Court Costs Office*.¹³⁹ Verwachting is dat de kosten op enkele honderdduizenden ponden vastgesteld zullen worden, een bedrag dat niet in verhouding lijkt te staan tot de opbrengsten.¹⁴⁰ Opmerking verdient dat de CAT geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de kosten van juridische bijstand omdat het tot een buitengerechtelijke schikking is gekomen.

De zaak van JJB Sports illustreert hoe een strooischadekwestie kan verzanden. Het vrijwillige bod van JJB Sports om consumenten genoegdoening te geven, trok veel meer belangstelling dan het wettelijke afwikkelingssysteem en het schikkingsresultaat. Van de geschatte 2 miljoen benadeelden heeft slechts een fractie vergoeding gevraagd c.q. gekregen via het juridische traject. De juridische kosten zijn – hoewel daarover nog geen exacte cijfers openbaar zijn gemaakt – relatief hoog. Wat dit betreft kent de getroffen schikking een ongelukkig open einde, maar ook is ongelukkig dat onderzoek naar omvang van winst en consumentenschade niet al in een eerder stadium door de OFT zelf is gedaan zodat die informatie niet alsnog bij elkaar gezocht hoefde te worden. Algemener lijkt uit deze zaak te volgen dat het niet goed is om ons bij strooischade onder consumenten blind te staren op herstel in oude toestand aan de hand van het *restitutio in integrum* dogma en dat

¹³⁸ *Which?* verwacht dat de totale vergoeding door JJB ongeveer GBP 30.000 zal bedragen. Zie Jackson 2009, p. 120.

¹³⁹ Zie Judgment on Assessment of Costs Competition Appeal Tribunal [2009] CAT 2 (Lord Carlile of Berriew QC d.d. 30 januari 2009).

¹⁴⁰ Jackson 2009, p. 120.

het stimuleren van creatieve cy-près oplossingen in bepaalde gevallen wellicht de voorkeur verdient.

4.4.3 HOE HET WEL MOET: MEERDERE WEGEN NAAR ROME

Hoe moet het dan wel? Allereerst is voor mij de absolute noodzaak voor een *generieke* regeling van consolidatie van strooischadeclaims in een algemeen geldende civiele procedure niet aangetoond.¹⁴¹ Het is voor mij wel duidelijk dat strooischade – zeker in de definitie die uitgaat van het schadebegrip van afd. 6.1.10 BW – schadelijk is voor de maatschappij en om die reden serieuze aandacht verdient. Maar dat betekent niet dat alle strooischade in een generieke civielrechtelijke procedure vergoed zou moeten worden, en zeker niet ongeacht de kosten.¹⁴² Ik ben vooral bang dat we niet goed zicht hebben welk gedrag van advocaten, belangenorganisaties en potentiële gedaagden te verwachten valt als we een dergelijk generieke regeling zouden invoeren. Voorkomen moet worden dat de opt-out procedure leidt tot schikkingen die vooral de revenuen voor belangenbehartigers maximaliseren en niet de belangen van benadeelden en de veroorzaker(s) optimaliseren. En het zou ook niet goed zijn als flutzaken tot schikkingen leiden om de enkele reden dat de veroorzaker voor zijn goede naam vreest of zich publicitair gechanteerd voelt.¹⁴³ Mede gezien de vragen van legitimiteit, transparantie en verantwoording rondom 305a-vehikels zou ik vooral voorzichtig zijn waar het gaat om het toekennen van nieuwe rechten aan ad hoc-stichtingen.

Ik denk dat meerdere wegen naar Rome leiden als het gaat om voorkoming van en genoegdoening bij strooischade. Als rationele apathie het voornaamste probleem is, kan voor wat betreft consumentenrecht ook worden gedacht aan een model waarin private belangenorganisaties het recht hebben om de CA tot het opleggen van herstelsancties te bewegen – een deel van de juridische infrastructuur ligt daarvoor al gereed omdat deze organisaties belanghebbende zijn bij besluiten van de CA. Denkbaar is ook dat de Whc een koppeling aanbrengt tussen de bevoegdheid van de CA tot het opleggen van herstelsancties en het tot stand brengen van een WCAM-schikking, zodat een zekere druk kan worden gezet om inderdaad adequate vergoeding te realiseren.

Een voorzichtige benadering zou in elk geval zijn om per branche te inventariseren welke problemen er spelen en of er een toezichthouder is die een rol kan spelen. In die branches ligt bijvoorbeeld een *follow-on* actie mogelijk meer voor de

¹⁴¹ Vermoedelijk dus anders: Asser e.a. 2003, p. 182.

¹⁴² De discussie over het al dan niet invoeren van class actions in Engeland is ook behoorlijk fundamenteel (voornamelijk door juristen) vanuit rechtsbeginselen gevoerd. De regering reageerde daar onlangs (Ministry of Justice 2009, p. 3) redelijk onderkoeld op door hardop te betwisten dat de economische noodzaak van class actions aangetoond was en dat bovendien in de discussie nauwelijks alternatieven voor class actions werden overwogen. Voor wat betreft harmonisatie binnen de EU zou ook grote terughoudendheid moeten worden betracht vanwege de institutionele verschillen die eerder aan de orde kwamen. Vgl. Fairgrieve en Howells 2009, p. 409 alsook de reacties van belanghebbenden op het Groenboek (GHK e.a. 2009, p. 8).

¹⁴³ Over misbruikrisico's bijv. Asser e.a. 2006, p. 122.

hand. In branches waarin geschillencommissies gebruikelijk zijn, ligt het wellicht voor de hand om de koppeling tussen individuele geschilbeslechting en verhaal van massaschade te verbeteren. Als het instrument van de proefprocedure bij die commissies uitgebouwd zou kunnen worden en verzekerd is dat de uitkomst daarvan ook in alle andere vergelijkbare dossiers toegepast wordt door de veroorzaker(s), dan is voor die gevallen misschien al genoeg ondernomen om adequate afwikkeling van strooischade te realiseren.

5 Afrondende beschouwing en stellingen

In het voorgaande heb ik aan de hand van een caleidoscopisch drieluik geschetst wat op dit moment de voornaamste ontwikkelingen en vraagpunten zijn in het collectief consumentenrecht. In dit hoofdstuk volgen enkele meer algemene beschouwingen en sluit ik af met een aantal stellingen.

Consumentenrecht wordt nog te vaak als een niche van Europees privaatrecht gezien. Dat geldt ook voor collectief consumentenrecht. Bij dit onderwerp wordt vooral gedacht aan Richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (en ingewijden willen ook nog wel denken aan Verordening 2006/2004 inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming).¹ Maar net zoals dat bij individuele handhaving het geval is, kent elk land zijn eigen bijzonderheden en eigen problemen. Wat op collectieve schaal problematisch is, verschilt van land tot land. In Engeland bijvoorbeeld zijn er bijzonder veel klachten over slechte prestaties van ondernemers in de dubbele beglazingbranche.² Dat is mogelijk (deels) te verklaren door het feit dat er relatief veel oude huizen in dat land zijn en de in ons land bestaande cultuur van erkenningen, scholing, brancheverenigingen, keurmerken – die in zeker opzicht het kaf van het koren scheidt – in dat land veel minder prominent aanwezig is. Dat illustreert dat de ene consumentenmarkt de andere niet is, de problemen kunnen verschillen en dus ook de oplossingen verschillend moeten zijn.

Beter is het om collectief consumentenrecht niet uitsluitend als een niche van Europees privaatrecht te beschouwen maar vooral ook als een lokaal kruispunt van burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht en bestuursrecht, en als een bron van hybride recht. Collectief consumentenrecht is hybride omdat het publiekrechtelijke en privaatrechtelijke varianten kent die elkaars pad kruisen en deze op hun beurt ook het pad van individuele handhavers kruisen. Al deze paden zijn naast elkaar nodig, omdat ze elkaars zwakke punten aanvullen.³ Collectieve handhaving in ons recht – in zowel de privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke varianten – dient er

¹ Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PbEG* L 166, p. 51-55, resp. Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming *PbEU* 2004, L 364, p. 1-11.

² Bijv. Peysner en Nurse 2008, p. 65.

³ Daarover uitgebreid Van Boom en Loos 2007, p. 231 e.v. Vgl. ook de bijdragen aan Cafaggi en Micklitz 2009.

toe om schaalvoordelen te realiseren en zo kosten voor partijen en maatschappij te reduceren, om zelfwerkzaamheid van zelfreinigend vermogen van de betreffende branche te stimuleren, om het vertrouwen van consumenten in de werking van het recht te handhaven en te herstellen en om de cumulatieve effecten in de betreffende markt te redresseren.

Dat zijn veel doelen tegelijk, en het is niet waarschijnlijk dat ze allemaal tegelijkertijd even goed bereikt kunnen worden. Zoals in de voorgaande hoofdstukken is gebleken, brengt collectieve handhaving bovendien een aantal aandachtspunten met zich. Ik refereer slechts aan de kwesties van transparantie van 305a-vehikels, beloning van dienstverleners, coördinatieproblemen tussen de verschillende handhavingssystemen.

Wat betreft de houding van wetgever en rechter ten aanzien van collectieve handhaving kunnen we vaststellen dat de wetgever met de invoering, evaluatie en aanscherping van de WCAM alsmede met het voorontwerp *Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*, voorop loopt.⁴ De Hoge Raad heeft zich vermoedelijk ongemakkelijk gevoeld om als hekkensluiter te hebben moeten fungeren in het Dexia-dossier⁵ en het is goed om te zien dat hij in de hiervoor besproken rechtspraak serieuze pogingen onderneemt om sturing te geven aan de afwikkeling van een aantal pittige massaschadedossiers. Maar we zagen ook dat de Nederlandse rechterlijke macht als geheel deze houding niet van nature inneemt.⁶ Civiele rechters zijn terughoudend om collectieve en abstracte handhaving toe te staan van normen die traditioneel alleen gebruikt worden met inachtneming van alle concrete omstandigheden van het geval, zoals het recht op schadevergoeding op grond van afd. 6.1.10 BW. Nog sterker lijkt de terughoudendheid om wilsgebreken op collectief niveau toe te passen; mogelijk schrikt het alles-of-niets karakter daarvan te zeer af.

Er zijn overigens goede argumenten om terughoudendheid te betrachten in het collectief toepassen van alles-of-niets normen.⁷ Alles-of-niets normen kunnen als een 'schot hagel' werken: te veel of te weinig afschrikwekkende werking, te veel of te weinig compensatie. Op individueel en incidenteel niveau is dat maatschappelijk gezien wellicht nog te aanvaarden, maar op collectief niveau kan dat tot onaanvaardbare uitvergroting van pietluttigheden leiden.

Een bedenkelijk voorbeeld biedt het Engelse voorbeeld van nietigheid van overeenkomsten van consumentenkrediet wegens vormfouten. In *Wilson v. First County Trust Limited (No.2)* had mevrouw Wilson GBP 5000 geleend tegen verpanding van haar

4 Aangemoedigd door de rapporten van de Commissie Fundamentele Herbezinning; zie Asser e.a. 2003; Asser e.a. 2006.

5 Vgl. Asser 2007, p. 204 noot 65.

6 Ik roep de weerstand van de NVvR tegen invoering van de WCAM in herinnering; zie Frenk 2003, p. 1478.

7 Dat neemt niet weg dat ik het onderscheid dat de Hoge Raad in de effectenlease-zaken maakt tussen de mededelingsplicht ex art. 6:228 BW en de zorgplicht ex art. 6:162/6:248 BW op inhoudelijke gronden niet overtuigend vind. Daarover bijv. Van Boom 2009*, p. 228 e.v.

8 Zie verder Van Boom 2006*, p. 5 e.v.

BMW 318 cabriolet.⁹ Mevrouw Wilson bleef in gebreke, waarop de geldschietster betaling in rechte betaling vorderde. De advocaat van mevrouw Wilson vond een foutje in de akte van geldlening: de geldschietster had de administratiekosten van GBP 250 die mevrouw Wilson contractueel moest betalen bij het geleende bedrag opgeteld en hij had in de akte dus GBP 5.250 opgeschreven. Dat betekende dat de akte de werkelijke overeenkomst in strijd met de wet incorrect weergaf. De rechter verbond hieraan kort gezegd de gevolgtrekking dat het contract geheel krachteloos was, de auto teruggegeven moest worden en dat er geen rechtsgrond voor terugbetaling van het geleende bedrag bestond.¹⁰

Het gevolg van deze draconische sanctie verspreidde zich als een olievlek en er stonden verschillende juridische dienstverleners op om consumenten op relatief eenvoudige wijze van hun kredietschulden af te helpen. De wetgever greep in om dit collectief querulantisme te beëindigen.

De collectieve handhaving van consumentenrecht stelt dus eisen aan de sancties (waaronder ook de toepassing van afd. 6.1.10 BW), maar ook aan de materiële regels zelf. We zagen dat al voor die gevallen waar voor abstracte toetsing andere maatstaven gelden dan voor concrete toetsing: de regel moet zich er voor lenen om op collectief niveau te worden toegepast. De maatman-consument is in dat opzicht een welkome figuur, omdat deze als zodanig abstracties mogelijk maakt. Van belang is ook dat de Hoge Raad bereid is gebleken om art. 3:305a BW zo soepel toe te passen dat het artikel bruikbaar is dan ooit is geworden. Reden te meer om goed na te denken over regulering van de markt van 305a-vehikels, om dreigende excessen voor te zijn.

Al het voorgaande voert mij tot de volgende stellingen, die ik graag ten overstaan van de vergadering verdedig:

1. Collectieve handhaving van consumentenrecht is niet alleen een kwestie van (burgerlijk) procesrecht maar is ook een nieuwe bron van beïnvloeding en verandering van het materiële burgerlijk recht.
2. Als ergens de grensposen tussen privaatrecht en publiekrecht c.q. tussen burgerlijk procesrecht en bestuursrecht in rap tempo weggehaald worden, dan is het in het consumentenrecht.
3. Het wettelijk model van de WCAM-schikking met een veroorzaker van massaschade gaat er van uit dat aan de zijde van de belangenorganisaties soepele coördinatie en convergerende belangen aanwezig zijn. Bij toenemende competitie tussen private belangenorganisaties in hun acties uit art. 3:305a BW en art. 7:907 BW komt dat model onder spanning te staan en zal de roep om meer toezicht op het onderhandelingsproces toenemen.
4. Zolang 305a-stichtingen kunnen voortkomen uit een simpel businessmodel van een advocaat, een internet-expert en een organisatiedeskundige en de governance-structuur van stichtingen zo zwak blijft zoals ze momenteel is, is het aan te raden om in art. 3:305a en 7:907 BW nadere eisen te stellen aan

⁹ *Wilson v First County Trust Limited (No. 2)* [2004] 1 AC 816.

¹⁰ Zie nader, ook voor wetgevend ingrijpen in 2007, Philpott e.a. 2009, p. 398 e.v.

- de ‘governance’ van 305a-stichtingen of ze te vervangen door een beter gekwalificeerde rechtsvorm.
5. Er is nog volop ruimte voor een Consumentenombudsman (v/m) naast de Consumentenautoriteit en de Consumentenbond.
 6. De snelle evolutie van *Vie d’Or* naar *World Online* (via de effectenlease-arresten) geeft goede hoop dat de civiele rechter in toenemende mate bereid zal zijn om met informeel gezag van gewijsde abstracte uitspraken te doen in collectieve acties over schadeplichtigheid tegenover individuen.
 7. De Nederlands aanpak van massaschade werkt beter dan de Duitse.
 8. Er is niet één lichtend pad naar collectief schadeverhaal voor strooischade; voor verschillende varianten zijn verschillende oplossingen (naast elkaar) binnen en buiten het burgerlijk (proces)recht denkbaar.
 9. Het verdient aanbeveling om bij wijze van experiment-wetgeving aan een publieke toezichthouder de bevoegdheid toe te kennen om bij specifieke categorieën strooischade de ondernemer te verplichten om afdwingbare toezeggingen te doen tot het treffen en uitvoeren van ‘genoegdoeningsmaatregelen’, zonder overigens af te doen aan art. 112 Grondwet.
 10. Art. 12 Wet algemene bepalingen (anno 1829) staat er niet aan in de weg dat de rechter anno 2010 bij wege van algemene en abstracte beslissing uitspraak doet in een informele proefprocedure die aan zijn beslissing onderworpen is, zodat richting wordt gegeven aan de afwikkeling van massaschade.

Bibliografie

S.W. Ammerlaan en D.J. Janssen 2006

S.W. Ammerlaan en D.J. Janssen, 'De Consumentenautoriteit: een introductie', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2006, p. 139-146.

N. Andrews 2001

N. Andrews, 'Multi-party proceedings in England: representative and group actions', *Duke J. of Comp. & Int. Law* 2001, p. 249-267.

H.S. Antunes 2009

H.S. Antunes, 'Portugal', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 161-169.

D. Asser 2007

D. Asser, 'Cassatie in civiele zaken (Nederlands recht)', in: A. d. M.-v. Vugt, K. Leus, B. Maes, H. v. Bavel, W. v. Schendel, I. Verougstraete en D. Asser (red.), *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges (preadviezen Ver. vergel. studie v.h. recht van België en Nederland)*, Den Haag: BJU 2007, p. 183-230.

W.D.H. Asser, H. A. Groen, J. B. M. Vranken en I. N. Tzankova 2003

W.D.H. Asser, H. A. Groen, J. B. M. Vranken en I. N. Tzankova, *Een nieuwe balans – Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJU 2003.

W.D.H. Asser, H. A. Groen, J. B. M. Vranken en I. N. Tzankova 2006

W.D.H. Asser, H. A. Groen, J. B. M. Vranken en I. N. Tzankova, *Uitgebalanceerd – Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJU 2006.

I. Ayres en J. Braithwaite 1992

I. Ayres en J. Braithwaite, *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford U.P. 1992.

D. Baetge 2009

D. Baetge, 'Germany', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 125-137.

R. Baldwin en M. Cave 1999

R. Baldwin en M. Cave, *Understanding regulation : theory, strategy, and practice*, Oxford ; New York: Oxford University Press 1999.

E. Bauw 1995

E. Bauw, 'Tussen traditie en efficiëntie – Naar een wettelijke regeling van de afwikkeling van massaschade', *Nederlands Juristenblad* 1995, p. 622-630.

F. Bergmeister 2009

F. Bergmeister, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Bestandsaufnahme und Reformempfehlung aus der Perspektive von Recht und Praxis der US-amerikanischen Securities Class Action*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009.

C. Bernt 2009

C. Bernt, 'Norway', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 220-230.

W.H. van Boom 2003

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Tilburg)*, Den Haag: BJU 2003.

W.H. van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort (inaugural lecture EUR)*, The Hague BJU 2006.

W.H. van Boom 2006*

W.H. van Boom, 'Financiële toezichtwetgeving en nietige overeenkomsten', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006, p. 5-36.

W.H. van Boom 2008

W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2008, p. 4-24.

W.H. van Boom 2008*

W.H. van Boom, 'Beleggingspolissen en consumentengedrag: van 'free lunch' naar 'iustum pretium'?' *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2008, p. 61-63.

W.H. van Boom 2009

W.H. van Boom, 'Collective Settlement of Mass Claims in The Netherlands', in: M. Casper, A. Janssen, P. Pohlmann en R. Schulze (red.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Munich: Sellier 2009, p. 171-192.

W.H. van Boom 2009*

W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken', *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2009, p. 228-239.

W.H. van Boom 2010

W.H. van Boom, *Handhaving consumentenbescherming – Een toelichting op de Wet Handhaving Consumentenbescherming*, Zutphen: Paris 2010.

W.H. van Boom, M.G Faure, N.J.H. Huls en N.J. Philipsen 2009

W.H. van Boom, M.G Faure, N.J.H. Huls en N.J. Philipsen, *Handelspraktijken, reclame en zelfregulering – Pilotstudy Maatschappelijke Reguleringsinstrumenten (WODC Rapport 1535)*, Den Haag: BJU 2009.

W.H. van Boom en M.H. Wissink 2002

W.H. van Boom en M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2002.

W.H. van Boom en M. Loos 2007

W.H. v. Boom en M. Loos (red.), *Collective Enforcement of Consumer Law – Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

P. Boos 2003

P. Boos, 'Die Beteiligung von Verbraucherschutzverbänden im Kartellverfahren', *Verbraucher und Recht* 2003, p. 333-341.

F. Cafaggi en H.-W. Micklitz 2008

F. Cafaggi en H.-W. Micklitz, 'Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment', *European Review of Private Law* 2008, p. 391-425.

F. Cafaggi en H.-W. Micklitz 2009

F. Cafaggi en H.-W. Micklitz (red.), *New Frontiers of Consumer Protection – The Interplay between Private and Public Enforcement*, Antwerp: Intersentia 2009.

J. Calais-Auloy en F. Steinmetz 2003

J. Calais-Auloy en F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris: Dalloz 2003.

M.M. v. Campen 2007

M.M. v. Campen, 'Privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit', in: W.H. v. Boom, S. D. Lindenbergh en S. B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund – doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJU 2007, p. 35-60.

Civic Consulting en Oxford Economics 2008

Civic Consulting en Oxford Economics, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Berlin: 2008.

H. Collins 1999

H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Commissie Geschillen Aandelenlease 2004

Commissie Geschillen Aandelenlease, *Over lenen, leasen en verliezen – Eindrapport van de Commissie Geschillen Aandelenlease*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2004.

E. van Damme 2007

E. van Damme, 'Concurrentiebeleid en consumentenbeleid', *ESB* 2007, p. 37-42.

O. Dayagi-Epstein 2006

O. Dayagi-Epstein, 'Representation of Consumer Interests by Consumer Associations – Salvation for the Masses?' *Competition Law Review* 2006, p. 209-249.

Department for Business Innovation & Skills 2009

Department for Business Innovation & Skills, *A Better Deal for Consumers* London: Department for Business Innovation & Skills 2009.

J. Edwards 2006

J. Edwards, 'Accountability in the consumer movement', *Consumer Policy Review* 2006, p. 20-25.

T. Eisenberg en G.P. Miller 2004

T. Eisenberg en G.P. Miller, 'The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues', *Vanderbilt L.Rev.* 2004, p. 1529-1567.

EU Commission 2007

European Commission, *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, EU Commission 2007.

EU Commission 2007*

European Commission, *EU Consumer Policy strategy 2007-2013*, EU Commission 2007.

EU Commission 2008

European Commission, *White Paper 'Damages actions for breach of the EC antitrust rules'*, EU Commission 2008.

EU Commission 2008*

European Commission, *Green Paper 'Consumer Collective Redress'*, EU Commission 2008.

EU Commission 2009

European Commission, *Consultation Paper 'Consumer Collective Redress'*, EU Commission 2009.

European Commission 2009*

European Commission, *Consumer redress in the European Union; consumer experiences, perceptions and choices (aggregated report August 2009 prepared by TNSqual+)*, Brussels: European Commission 2009.

D. Fairgrieve en G. Howells 2009

D. Fairgrieve en G. Howells, 'Collective redress procedures – European debates', *International and Comparative Law Quarterly* 2009, p. 379-409.

M. Faure, A. Ogus en N. Philipsen 2009

M. Faure, A. Ogus en N. Philipsen, 'Curbing Consumer Financial Losses: The Economics of Regulatory Enforcement', *Law & Policy* 2009, p. 161-191.

N. Frenk 1994

N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht (diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer 1994.

N. Frenk 2003

N. Frenk, 'Bundeling van vorderingen', *TPR* 2003, p. 1413-1488.

N. Frenk 2005

N. Frenk, 'Vie d'Or, aandelenlease en de reikwijdte van het collectief actierecht', *NTBR* 2005, p. 296-300.

N. Frenk 2007

N. Frenk, 'In der minne geschikt', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 2615-2620.

N. Frenk en A.M. Wolffram-van Doorn 2009

N. Frenk en A.M. Wolffram-van Doorn, 'Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *RMThemis* 2009, p. 154-163.

N. Garoupa 2001

N. Garoupa, 'Optimal law enforcement when victims are rational players', *Economics of Governance* 2001, p. 231-242.

P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt 2009

P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2009.

GHK, Civic Consulting en VDMC 2009

GHK, Civic Consulting en VDMC, *Assessment of the economic and social impact of the policy options to empower consumers to obtain adequate redress (Final analytical report on the Green Paper on consumer collective redress submitted by the consumer policy evaluation consortium – DG Health and consumer protection)*, Brussels: 2009.

I. Giesen 2007

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

I. Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?' in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2009, p. 307-329.

M. Gilles en G.B. Friedman 2006

M. Gilles en G.B. Friedman, 'Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers', *U.Penn.L.Rev.* 2006, p. 103-164.

N. Gunningham, P. Grabosky en D. Sinclair 1998

N. Gunningham, P. Grabosky en D. Sinclair, *Smart Regulation. Designing Environmental Policy*, Oxford: OUP 1998.

A. Halfmeier 2006

A. Halfmeier, *Popularklagen Im Privatrecht : zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

A. Hammerstein, I.M. Abels, P.M.M. van der Grinten, J. de Hullu, L. Strikwerda, T.J. van Laar en R. Kuiper 2008

A. Hammerstein, I.M. Abels, P.M.M. van der Grinten, J. de Hullu, L. Strikwerda, T.J. van Laar en R. Kuiper, *Versterking van de cassatierechtspraak – Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag: 2008

T. Hartlief 2007

T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!' *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 915.

T. Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Wat staat het burgerlijk recht te doen?' *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1553.

Hefermehl, Köhler en Bornkamm 2009

Hefermehl, Köhler en Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München: Beck 2009.

M.A. Heldeweg 2006

M.A. Heldeweg, 'Een koekoeksjong in het consumentenrecht? Bestuursrechtelijke aspecten van de nieuwe Consumentenautoriteit', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2006, p. 147-162.

M.A. Heldeweg 2006 *

M.A. Heldeweg, 'Supervisory governance: The case of the Dutch Consumer Authority', *Utrecht L. Rev.* 2006, p. 67-90.

HM Government 2009

HM Government, *A Better Deal for Consumers – Delivering Real Help Now and Change for the Future (White Paper by Secretary of State for Business, Innovation and Skills)*, London: 2009.

C. Hodges 2001

C. Hodges, 'Multi-party actions: A European Approach', *Duke J. Comp. & International Law* 2001, p. 321-354.

C. Hodges 2007

C. Hodges, 'Europeanization of Civil Justice: Trends and Issues', *Civil Justice Quarterly* 2007, p. 96-123.

C. Hodges 2008

C. Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems – A New Framework for Collective Redress in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2008.

E.H. Hondius 1992

E.H. Hondius, *Consumentenrecht* (Mon. NBW A-8), Deventer: Kluwer 1992.

G.G. Howells en S. Weatherill 2005

G.G. Howells en S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Aldershot: Ashgate 2005.

N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn 2007

N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim – Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *RM Themis* 2007, p. 51-60.

R. Jackson 2009

R. Jackson, *Review of Civil Litigation Costs – Preliminary Report*, London: 2009.

H. Koch 1990

H. Koch, *Verbraucherprozeßrecht – Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1990.

E. Kocher 2007

E. Kocher, *Funktionen der Rechtsprechung – Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

G.E. Kodek 2006

G.E. Kodek, 'Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO', *Österreichisches Anwaltsblatt* 2006, p. 72-77.

M. van Kogelenberg 2009

M. van Kogelenberg, 'Het glas is halfvol of halfleeg?', *NTBR* 2009, p. 100-106.

J. Kortmann 2008

J. Kortmann, *The Tort Law Industry (inaugural lecture UvA)*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2008.

J. Kortmann en C. Sieburgh 2009

J. Kortmann en C. Sieburgh, 'Handhaving door Nederlands privaatrecht', in: A. Scheltema, M. Scheltema, K. Deketelaere, B. Delvaux, S. Tormans, F. Krips, A. Winants, J. Kortmann, C. Sieburgh, C. Kaufmann en B. Weyts (red.), *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJU 2009, p. 249-302.

H.B. Krans 2006

H.B. Krans, 'Collectieve afwikkeling van massaschade door de Consumentenautoriteit: vragen over bevoegdheid en representativiteit', *WPNR* 2006, p. 521-525.

H.B. Krans en T.H.M. v. Wechem 2008

H.B. Krans en T.H.M. v. Wechem, 'Handhaving door de Consumentenautoriteit', *WPNR* 2008, p. 806-810.

C.F. Kroes 2008

C.F. Kroes, 'The beauty and the beast? Over "class actions", de claimcultuur en het toenemend beroep op de rechter', *NTBR* 2008, p. 266-274.

M. Kroeze 2005

M. Kroeze, 'Een Duitse collectieve actie voor beleggers', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 492-495.

M. Kroeze 2007

M. Kroeze, 'Collectieve schadevergoedingsacties van aandeelhouders', in: H. Beckman, B. Bier, M.W. d. Boogert, C.E. Honée, H.L. Kaemingk, M.J. Kroeze, L. Timmerman, A.F. Verdam, J.B. Wezeman en J.W. Winter (red.), *De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer*, Deventer: Kluwer 2007, p. 75-88.

S. Kühnberg 2005

S. Kühnberg, 'Die konsumentenschützende Verbandsklage', *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfRv)* 2005, p. 106-115.

W.M. Landes en R.A. Posner 1975

W.M. Landes en R.A. Posner, 'The private enforcement of law', *J. Legal Stud.* 1975, p. 1-46.

M. Leicht 2009

M. Leicht, *Gewinnabschöpfung bei Verstoß gegen die lauterkeitsrechtliche Generalklausel*, Baden-Baden: Nomos 2009.

J.G.A. Linssen 2001

J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking (een rechtsvergelijkende beschouwing)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

V. Magnier 2009

V. Magnier, 'France', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 114-124.

C.B.P. Mahé 2009

C.B.P. Mahé, 'De concurrent als "handhaver" van consumentenbescherming', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2009, p. 173-189.

L.B. Melcherts en E.L.M. Vos 2008

L.B. Melcherts en E.L.M. Vos, 'De Consumentenautoriteit: het duale stelsel, een overzicht van de handhavingspraktijk', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2008, p. 96-102.

C. Meller-Hannich 2008

C. Meller-Hannich (red.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden: Nomos 2008.

H.-W. Micklitz en A. Stadler 2006

H.-W. Micklitz en A. Stadler, 'The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure', *European Business Law Review* 2006, p. 1473-1503.

H.-W. Micklitz 2007

H.-W. Micklitz, 'Collective private enforcement of consumer Law: the key questions', in: W. Van Boom en M. Loos (red.), *Collective Enforcement of Consumer Law – Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 13-36.

H.-W. Micklitz en A. Stadler 2003

H.-W. Micklitz en A. Stadler, *Unrechtsgewinnabschöpfung – Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadenersatzanspruches im UWG*, Baden-Baden: Nomos 2003.

H.-W. Micklitz en A. Stadler 2005

H.-W. Micklitz en A. Stadler (red.), *Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft*, Münster: Landwirtschaftsverlag 2005.

H.-W. Micklitz en A. Stadler 2006

H.-W. Micklitz en A. Stadler, 'The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure', *European Business Law Review* 2006, p. 1473-1503.

Ministry of Justice 2009

Ministry of Justice, *The Government's Response to the Civil Justice Council's Report: 'Improving Access to Justice through Collective Actions'*, London: Ministry of Justice, 2009.

L.J.H. Mölenberg 1995

L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1995.

R. Mulheron 2006

R. Mulheron, *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*, London: UCL Press 2006.

R. Mulheron 2008

R. Mulheron, *Competition law case under the opt-out regimes of Australia, Canada and Portugal (A research paper for submission to the Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR))*, London: Department of Law, Queen Mary University of London 2008.

J. Neuberger 2006

J. Neuberger, *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

C.J.J.C. van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. Nieuw BW A11), Deventer: Kluwer 2003.

Office of Fair Trading 2008

Office of Fair Trading, *Consumer detriment, assessing the frequency and impact of consumer problems with goods and services*, London: OFT 2008.

Office of Fair Trading 2008*

Office of Fair Trading, *Statement of consumer protection enforcement principles*, London: OFT 2008.

Peter Møgelvang-Hansen 2008

Peter Møgelvang-Hansen, 'Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union – Country report Denmark', in: C. Consulting en O. Economics (red.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Berlin: 2008, p. 1 ff.

J. Peysner en A. Nurse 2008

J. Peysner en A. Nurse, *Representative Actions and Restorative Justice – A Report for the Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR)*, Lincoln Lincoln Law School 2008.

F. Philpott, W. Hibbert, S. Neville, S. Popplewell, B. Say, P. Sayer en J. Smith 2009

F. Philpott, W. Hibbert, S. Neville, S. Popplewell, B. Say, P. Sayer en J. Smith, *The Law of Consumer Credit and Hire* Oxford: OUP 2009.

Y. Picod en E. Chevrier 2008

Y. Picod en E. Chevrier, *Code de la Consommation Commenté*, Paris: Dalloz 2008.

Y. Picod en H. Davo 2005

Y. Picod en H. Davo, *Droit de la consommation*, Paris: Armand Colin 2005.

A.C.W. Pijls 2008

A.C.W. Pijls, 'Misleiding van het beleggende publiek, een oneerlijke handelspraktijk!', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 342-349.

A.C.W. Pijls 2009

A.C.W. Pijls, 'Schade effectenlease-overeenkomsten deels vergoed: Hoge Raad doet uitspraak in drie effectenleasezaken', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009, p. 250-262.

H.-J. Puttfarken en N. Franke 1999

H.-J. Puttfarken en N. Franke, 'Die action civile der Verbände in Frankreich', in: J. Basedow, K.J. Hopt, H. Kötz en D. Baetge (red.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999, p. 149-211.

A. van Raay 2007

A. van Raay, 'Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG: Erste Schritte', *Verbraucher und Recht* 2007, p. 47-53.

P.R. Rodrigues 1992

P.R. Rodrigues, 'Consumer boycotts. New activism in the European Consumer Movement', in: T. Bourgoignie (red.), *Group actions and Consumer Protection – l'action collective et la defense des consommateurs (Droit et consommation XXVIII)*, Louvain-la-Neuve: Centre de droit de la consommation 1992, p. 319-338.

H.-B. Schäfer 2000

H.-B. Schäfer, 'The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations', *European Journal of Law and Economics* 2000, p. 183-213.

E. Schaumburg 2006

E. Schaumburg, *Die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2006.

M. Scheltema en A.H. Scheltema 2009

M. Scheltema en A.H. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht – Noodzakelijke veranderingen na de crisis (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht)*, Deventer: Kluwer 2009.

E. Schilken 2008

E. Schilken, 'Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz', in: C. Meller-Hannich (red.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden: Nomos 2008, p. 21-52.

H. Schulte-Nölke 2007

H. Schulte-Nölke, 'How to Improve EC Consumer Law', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2007, p. 1-5.

D. Seeliger 2008

D. Seeliger, 'Kollektiver Rechtsschutz im Kartell- und Wettbewerbsrecht', in: C. Meller-Hannich (red.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden: Nomos 2008, p. 73-92.

J. Seymour 1999

J. Seymour, 'Representative Procedures and the Future of Multi-Party Actions', *MLR* 1999, p. 564-584.

S. Shavell 1982

S. Shavell, 'The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in A Costly Legal System', *Journal of Legal Studies* 1982, p. 333-339.

S. Shavell 1985

S. Shavell, 'Criminal Law and the Optimal use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent', *Columbia Law Review* 1985, p. 1231-1262.

S. Shavell 1993

S. Shavell, 'The optimal structure of law enforcement', *J. of Law and Economics* 1993, p. 255-287.

S. Shavell 1997

S. Shavell, 'The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to use the Legal System', *Journal of Legal Studies* 1997, p. 575-612.

H.J. Snijders 2000

H.J. Snijders, 'Nieuwe wettelijke overlegtermijnen voorafgaande aan een collectieve actie, spel of realiteit?', *WPNR* 2000, p. 853-856.

H.J. Snijders 2001

H.J. Snijders, 'Des relations personnelles importantes: internetbanden met individuele belanghebbenden bij algemeen belang acties en groepsacties', in: (red.), *It ain't necessarily so (Liber Amicorum H. Franken)*, Deventer: Kluwer 2001, p. 501-510.

Civil Justice Council 2008

J. Sorabji, M. Napier en R. Musgrove, *Improving Access to Justice through Collective Actions – Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*, Civil Justice Council 2008.

EU Commission Staff 2005

E.C. Staff, *Commission Staff Working Paper – Annex to the Green Paper 'Damages Actions for breach of EC Antitrust rules'*, EU Commission Staff 2005.

J. Stuyck, E. Terryn, V. Colaert, T. Van Dyck, N. Hoekx en P. Tereszkiewicz 2007

J. Stuyck, E. Terryn, V. Colaert, T. Van Dyck, N. Hoekx en P. Tereszkiewicz, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings – Final Report*, Leuven: Katholieke Universiteit Leuven 2007.

TNS Nipo 2008

TNS Nipo, *Kennen consumenten hun rechten en plichten – onderzoek naar het kennisniveau van consumenten*, Amsterdam: TNS Nipo 2008.

L. Tortell 2008

L. Tortell, 'Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union – Country report Portugal', in: Civic Consulting en Oxford Economics (red.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Berlin: 2008, p. 1 ff.

I.N. Tzankova 2005

I.N. Tzankova, *Strooischade – Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU 2005.

I.N. Tzankova 2007

I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade (thesis Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2007.

I.N. Tzankova 2007*

I.N. Tzankova, 'Enkele overpeinzingen naar aanleiding van de Dexia-(be)schikking', *Ondernemingsrecht* 2007, p. 282-287.

I.N. Tzankova en N. Frenk 2009

I.N. Tzankova en N. Frenk, 'Massaschade en idealen', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 18-19.

R. Van den Bergh 2007

R. Van den Bergh, 'Should Consumer Protection Law be Publicly Enforced?', in: W.H. van Boom en M. Loos (red.), *Collective Enforcement of Consumer Law – Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 179-203.

R. Van den Bergh en L. Visscher 2008

R. Van den Bergh en L. Visscher, 'The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law', *Erasmus Law Review* 2008, p. 5-30.

W.A.J.P. Van den Reek en C.L.J.M. De Waal 2009

W.A.J.P. Van den Reek en C.L.J.M. De Waal, 'De rechterlijke macht en financiële massaschadezaken – de ervaringen van het team effectenlease van de rechtbank Amsterdam', *Trema* 2009, p. 275-281.

D.W.F. Verkade 2009

D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009.

K. Viitanen 2007

K. Viitanen, "Enforcement of consumers' collective interests by regulatory agencies in the Nordic countries", in: W.H. van Boom en M.B.M. Loos (red.), *Collective Enforcement of Consumer Law – Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 83-106.

K. Viitanen 2009

K. Viitanen, 'Finland', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 209-219.

J.L. d. C. Vilaça, P.M. d. Nápoles en D. Choussy 2004

J.L. d. C. Vilaça, P.M. d. Nápoles en D. Choussy, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – National Report Portugal*, Brussels: Ashurst 2004.

L. Visscher 2004

L. Visscher, 'Het verbod op een collectieve schadevergoedingsactie uit art. 3:305a lid 3 BW rechtseconomisch bezien', *TMA* 2004, p. 80-86.

L. Visscher 2009

L. Visscher, 'Rechtseconomische beschouwingen over rechtshandhaving', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2009, p. 65-94.

V. Vorwerk en C. Wolf 2007

V. Vorwerk en C. Wolf, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) Kommentar*, München: Beck 2007.

E. Werlauff 2009

E. Werlauff, 'Class Actions in Denmark', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 202-208.

S.E. Zijlstra 2006

S.E. Zijlstra, 'De Wet handhaving consumentenbescherming: wel een andere overheid, maar een iets minder bruikbare rechtsorde', *NTB* 2006, p. 314-315.

E.-J. Zippro 2009

E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2009.